

**Die Rechte der Kommanditisten bei der
Bestellung und Abberufung des Geschäftsführers
der Komplementär - GMBH**

Dissertation

zur Erlangung des Grades eines
Doktors der Rechte

des Fachbereichs Rechts- und Wirtschaftswissen-
schaften der Johannes Gutenberg - Universität Mainz

vorgelegt von

Werner Britsch

Regierungsrat z.A. in Pirmasens

1976

Digitized by the Internet Archive
in 2026

**Die Rechte der Kommanditisten bei der
Bestellung und Abberufung des Geschäftsführers
der Komplementär - GMBH**

Dissertation
zur Erlangung des Grades eines
Doktors der Rechte

des Fachbereichs Rechts - und Wirtschaftswissen-
schaften der Johannes Gutenberg - Universität Mainz



vorgelegt von
Werner Britsch
Regierungsrat z.A. in Pirmasens

1976



Erstberichterstatte: Professor Dr. iur. Klaus Müller

Zweitberichterstatte: Professor Dr. iur. Alfons Kraft

Tag der mündlichen Prüfung: 10. Februar 1976

INHALTSÜBERSICHT

	Seite
I) <u>Einleitung</u>	1
II) <u>Begriffsbestimmungen</u>	4
III) <u>Die Stellung des Geschäftsführers einer GmbH & Co.</u>	6
1) Die Geschäftsführung und Vertretung einer Personengesellschaft durch eine juristische Person als persönlich haftende Gesellschafterin und deren Pflicht zur Bestellung eines Geschäftsführers	6
2) Das Interesse der übrigen Gesellschafter der Personengesellschaft an der Person des Geschäftsführers der GmbH	7
IV) <u>Die Möglichkeit verschiedener Beurteilung der Geschäftsführerqualifikation durch die GmbH-Gesellschafter einerseits und durch die übrigen Gesellschafter andererseits unter Berücksichtigung der verschiedenen Formen einer GmbH & Co.</u>	11
V) <u>Die Motivationen zur Gründung einer nicht personenidentischen GmbH & Co.</u>	14

	Seite
1) Die Gründung der GmbH & Co. zur Lösung von Fragen des Managements	14
2) Die Gründung der GmbH & Co. zur Kapitalbeschaffung	18
3) Die Gründung der GmbH & Co. zur Herbeiführung der Haftungsbe- schränkung	21
4) Die Gründung der GmbH & Co. zur Fortführung einer bestehenden Firma	22
5) Die GmbH & Co. als Instrument zur Regelung der Erbfolge	23
6) Die Vermeidung der Doppelbesteue- rung	24
VI) <u>Der Anlaß verschiedener Beurteilung der Person des Geschäftsführers</u>	25
VII) <u>Die in der Literatur und Rechtspre- chung vorhandenen Meinungen zu den Rechten der Kommanditisten bei der Bestellung und Abberufung des Ge- schäftsführers der Komplementär- GmbH</u>	28
1) Die Stellungnahmen in der Lite- ratur	28
2) Die Auffassung der Rechtsprechung	28
3) Die abweichende Meinung Barths	29

VIII)	<u>Der Abschluß des Dienstvertrages des Geschäftsführers mit der Personengesellschaft als Sonderfall vertraglicher Gestaltung</u>	36
IX)	<u>Die Begründung der h.M. durch Vergleiche der GmbH & Co. mit der ausschließlich von natürlichen Personen gebildeten Personengesellschaft</u>	48
1)	Die Gleichstellung der juristischen Person & Co. mit der aus natürlichen Personen gebildeten Personengesellschaft aus tatsächlichen Gründen	48
2)	Die Gleichstellung der juristischen Person & Co. mit der Personengesellschaft natürlicher Personen unter Berücksichtigung zulässiger Vertragsvereinbarungen	53
a)	Die Stichhaltigkeit des Arguments der Aufnahme eines neuen Gesellschafters durch einen in der Auswahl freien Gesellschafter	53
b)	Die Stichhaltigkeit des Arguments des Eintritts der Erben eines Gesellschafters in die Personengesellschaft	61
c)	Die Stichhaltigkeit des Arguments der Bestellung des Prokuristen durch einen Gesellschafter	68

d)	Der Vergleich mit dem gesetzlichen Vertreter eines Gesellschafters	74
e)	Die Beseitigung jeglicher Rechte der übrigen Gesellschafter bei der Bestellung des Geschäftsführers der Komplementär-GmbH eo ipso durch den Gesellschaftsvertrag	80
f)	Zusammenfassung	83
X)	<u>Die Lösung des Problems durch die Kautelarjurisprudenz</u>	85
XI)	<u>Die Pflicht zur Rücksichtnahme auf die Interessen der übrigen Gesellschafter bei der Bestellung des Geschäftsführers durch die GmbH-Gesellschafter als Ausfluß der Pflicht zur Gesellschaftstreue</u>	91
1)	Die Wirkungen der Treuepflicht	92
2)	Die Bestellung des Geschäftsführers als ein der Treuepflicht unterliegender Akt	93
3)	Der Umfang der Treuepflicht bei der Bestellung des Geschäftsführers	106
XII)	<u>Der aus der Person des Geschäftsführers folgende wichtige Grund im Sinne der gesellschaftsrechtlichen Gestaltungs-klagen (§§ 117, 127, 133, 140 HGB)</u>	113

	Seite
1) Die Funktion der gesellschafts- rechtlichen Gestaltungs-klagen	113
2) Der wichtige Grund bei einer Kom- plementär-GmbH	116
3) Das Prinzip des geringstmöglichen Eingriffs	128
4) Die Pflicht zur Abberufung des Ge- schäftsführers als Folge des Grund- satzes des geringstmöglichen Ein- griffs	132
a) Die materiellrechtliche Ver- pflichtung zur Abberufung	132
b) Die prozessuale Durchsetzung des Abberufungsanspruchs	142
c) Die Rechte der Kommanditisten nach erfolgter Abberufung	147
5) Das Vorliegen eines wichtigen Grun- des in der Person des Geschäftsfüh- rers vor dessen Bestellung	151
XIII) <u>Einzelfälle der Auswirkungen der Treue-</u> <u>pflicht im Zusammenhang mit der Bestel-</u> <u>lung des Geschäftsführers der Kompe-</u> <u>mentär-GmbH</u>	154
1) Das Verbot der Bestellung und die Pflicht zur Abberufung eines nach dem Treuegedanken unzumutbaren Ge- schäftsführers	154

	Seite
2) Das Verbot der Bestellung eines Geschäftsführers unter Verstoß gegen vertragliche Festsetzungen	159
3) Die Pflicht zur Bestellung eines Geschäftsführers mit spezifischen Sachkenntnissen bei Zuweisung besonderer Funktionen im Gesellschaftsvertrag	162
4) Die Pflicht zur Auswahl des Geschäftsführers nach Kriterien der Qualifikation bei grundsätzlicher Beurteilungsfreiheit der GmbH-Gesellschafter	164

SCHRIFTTUMSVERZEICHNIS

- Barth, Kuno Die Frage eines zusätzlichen Gewinnanteils der GmbH als Komplementär einer GmbH & Co. KG für die Übernahme der Haftung und für die Verpflichtung zur Besorgung der Geschäftsführung, GmbHRRdsch. 1967, S.50 ff.
- Die Finanzierungs - GmbH & Co. KG bei Großunternehmen in steuerlicher und wirtschaftlicher Sicht, GmbHRRdsch. 1971, S.77 ff.
- Bartholomeyczik, Horst Die juristische Person im Privatrecht, Handbuch der Rechtswissenschaft, Band VIII, 1937, S.292 ff.
- Barz, Carl-Hans Vertraglicher Kündigungsschluß bei Personalgesellschaften, JW 1938, S.490 ff.
- Baumbach - Duden Handelsgesetzbuch, 21.Auflage 1974
- Baumbach - Hueck GmbH - Gesetz, 13.Auflage 1969
- Baumbach - Lauterbach - Albers - Hartmann Zivilprozeßordnung, 33. Auflage 1975
- Bericht über die Diskussion nach dem Vortrag von RA Dr. Hesselmann, Aktuelle Probleme der GmbH & Co., 3. Auflage 1974
- BGB - RGRK Das Bürgerliche Gesetzbuch, Kommentar herausgegeben von Reichsgerichtsräten und Bundesrichtern, II. Band, 2. Teil, bearbeitet von Fischer u.a., 11. Auflage 1960, zitiert: Fischer in BGB-RGRK
- Boesebeck, Ernst Die "kapitalistische" Kommanditgesellschaft, 1938
- Böttcher - Beinert GmbH & Co, Die moderne Unternehmensform, 5. Auflage, 1972

- Bötticher, Eduard Anmerkung zum Urteil des
BGH in MDR 1957, S.342 ff.,
S.345
- Brodmann, Erich Gesetz, betreffend die Ge-
sellschaften mit beschränk-
ter Haftung, Kommentar,
2. Auflage 1930
- Brönner - Bünz Die GmbH & Co. KG in Recht
und Praxis, 1971
- Bürck, Harald Selbstorganschaft oder
Drittorganschaft, Diss.
Kiel 1968
- Buchwald, F. Eine neue Variante der
GmbH & Co. KG, GmbHRdsch.
1969, S.90 f.
- Neuere Entwicklungen im
Gesellschafts-(Beteili-
gungs-)Recht, BB 1968,
S.1181 ff.
- Buchwald - Tiefenbacher Die zweckmäßige Gesell-
schaftsform nach Handels-
und Steuerrecht, 4. Auf-
lage 1971
- Cahn, Fritz GmbH und Co. Kommandit-
gesellschaft, 1922
- Daubenbüchel, Rainer Unmittelbare Rechtsbezie-
hungen zwischen einer GmbH
& Co. und dem Geschäftsfüh-
rer ihrer GmbH-Komplementä-
rin, Diss. Köln 1971
- Dellmann, Klaus Die Einräumung von Vertre-
tungs- und Geschäftsfüh-
rungsbefugnis in Personen-
handelsgesellschaften an
gesellschaftsfremde Perso-
nen, Freundesgabe für Hans
Hengeler, 1972, S.64 ff.
- Denkschrift zu dem Entwurf eines Han-
delsgesetzbuches und eines
Einführungsgesetzes, Mate-
rialien zum Handelsgesetz-
buche für das Deutsche
Reich, 1897

Deutler, Karl - F.	Reformfragen der GmbH & Co., DB 1970, S.381 ff.
Dornfeld, R.	Die steuerliche Belastung der GmbH & Co. im Vergleich zu anderen Gesellschafts- formen (mit steuerpoliti- schem Ausblick), Aktuelle Probleme der GmbH & Co., 3. Auflage 1974, S.137 ff.
Düringer - Hachenburg	Das Handelsgesetzbuch, II. Band, 2. Hälfte, er- läutert von Flechtheim, 3. Auflage 1932, zitiert: Flechtheim in Düringer- Hachenburg
Fichler, Herrmann	Die Rechtslehre vom Ver- trauen, 1950
Enneccerus - Lehmann	Recht der Schuldverhält- nisse, 15. Bearbeitung 1958
Erman, Walter	Handkommentar zum Bür- gerlichen Gesetzbuch, 1. Band, 5. Auflage 1972, zitiert: Erman-Bearbeiter
Esser, Josef	Schuldrecht, Allgemeiner Teil, Band I, 4. Auflage 1970
Fechner, Erich	Traubindungen des Aktio- närs, 1942
Feine, Hans Erich	Die Gesellschaft mit be- schränkter Haftung, 1929
Fetsch, Hugo	Die GmbH & Co. im Steuer- recht, 2. Auflage 1966
Fischer	Anmerkung zum Urteil des KG in JW 1926, S.598, eben- da
Fischer, Robert	Anmerkung zum Urteil des BGH, BGHZ 44, S.40 ff., LM Nr.1 zu 118 HGB

- Die Geschäftsführungs- und Vertretungsbegabung eines Erben in der Personengesellschaft des Handelsrechts, BB 1956, S.839 ff.
- Die Entziehung der Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis in der OHG, NJW 1959, S.1057 ff.
- Flechtheim, Ernst A.B. Die kapitalistisch ausgestaltete Personengesellschaft, 1934
- Fleck, Fritz Die Gesellschaft als Teilnehmer von Personalgesellschaften, Diss. Köln 1924
- Ganßmüller, Helmut Die Tätigkeitsvergütung geschäftsführender Gesellschafter der OHG und KG, 1961
- Gernhuber, Joachim Lehrbuch des Familienrechts, 2. Auflage 1971
- Gierke, Otto Deutsches Privatrecht, Erster Band, Allgemeiner Teil und Personenrecht, 1895
- Gogos, Demetrius Die Geschäftsführung der Offenen Handelsgesellschaft, 1953
- Gohl, Helmut Die abgeleitete Firma der GmbH & Co., 1967
- Gonella, Robert Kann die GmbH & Co. KG Inhaberin sämtlicher Geschäftsanteile ihrer allein persönlich haftenden GmbH-Komplementärin sein? DB 1965, S.1165 ff.
- Gronemann, Josef Steuervergünstigungen für Privatkrankenhäuser in der Rechtsform der GmbH & Co. KG, DB 1973, S.96 ff.

- Hachenburg, Max Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, bearbeitet von Schmidt und Schilling, 6. Auflage 1956/1959, zitiert: Hachenburg-Bearbeiter
- Handelsgesetzbuch Großkommentar, begründet von Hermann Staub, weitergeführt von Mitgliedern des Reichsgerichts, bearbeitet von Brüggemann u.a., Zweiter Band, 1. Halbband, bearbeitet von Fischer und Ulmer, 3. Auflage 1973, 2. Halbband, bearbeitet von Schilling, 3. Auflage 1970, zitiert: Bearbeiter in Großkomm. HGB
- Haupt - Reinhart Gesellschaftsrecht, 4. Auflage 1952
- Henze - Triller Die GmbH & Co Kommanditgesellschaft, 11. Auflage 1973
- Herschel, Wilhelm Der Geschäftsführer der GmbH & Co. KG, DB 1967, S.2202 ff.

Der Geschäftsführer der GmbH und Co. KG, Gedächtnisschrift für Rudolf Schmidt, 1966, S.329 ff.
- Hesselmann, Malte Handbuch der GmbH & Co., 14. Auflage 1973, 9. Auflage 1966

Die Stellung des Geschäftsführers der GmbH & Co. in zivil- und steuerrechtlicher Sicht, Aktuelle Probleme der GmbH & Co., 3. Auflage 1974, S.77 ff., zitiert: Hesselmann, Aktuelle Probleme
- Heuer, Otto Handelsgesellschaften als Mitglieder offener Handelsgesellschaften und Kommanditgesellschaften, Diss. Köln 1926

- Heymann - Kötter Handelsgesetzbuch, 21. Auflage 1971
- Huber, Ulrich Vermögensanteil, Kapitalanteil und Gesellschaftsanteil an Personalgesellschaften des Handelsrechts, 1970
- Hueck, Alfred Das Recht der offenen Handelsgesellschaft, 4. Auflage 1973, zitiert: Hueck
- Gesellschafterbeschlüsse bei der offenen Handelsgesellschaft, Beiträge zum Wirtschaftsrecht, Festschrift für Ernst Heymann, 1. Band, 1931, S.700 ff., zitiert: Hueck, Festschrift für Heymann
- Gesellschaftsvertrag und Erbrecht, DNotZ 1952, S.550 ff.
- Die Übertragung von Geschäftsanteilen, ZHR 83, S.1 ff.
- Inwieweit besteht eine gesellschaftliche Pflicht des Gesellschafters einer Handelsgesellschaft zur Zustimmung zu Gesellschaftsbeschlüssen? ZGR 1972, S.237 ff.
- Der Treuegedanke im Recht der offenen Handelsgesellschaft, Festschrift für Rudolf Hübner, 1935, S.72 ff. zitiert: Hueck, Treuegedanke
- Der Treuegedanke im modernen Privatrecht, Sitzungsberichte der Bayerischen Akademie der Wissenschaft, Philosophisch-historische Klasse, Jahrgang 1944/46, Heft 7, 1947, zitiert: Hueck, Sitzungsberichte
- Klamroth, Sabine Die GmbH & Co. KG, Heidelberg Musterverträge, 1973
- Klauss- Mittelbach Die GmbH & Co. KG, 3.Auflage 1973
- Koenige, Heinrich Handausgabe des Handelsgesetzbuches, 3.Auflage 1932, bearbeitet von Koenige, Teichmann, Koehler

- Kohl - Kübler - Walz -
Wüstrich Abschreibungsgesellschaften,
Kapitalmarkteffizienz und
Publikationszwang, Plädoyer
für ein Vermögensanlagege-
setz, ZHR 138 (1974), S.1 ff.
- Köhler, Dieter Die GmbH & Co., Steuerbe-
rater-Jahrbuch, 1954/55,
S.233 ff.
- Krollmann, Heinz Steuerbelastungsvergleich
bei der GmbH & Co. KG, DB
1969, S.625 f.
- Vertrag, Kapital und Gewinn-
anteil der GmbH & Co., 1970
- Lange, Heinrich Lehrbuch des Erbrechts, 1962
- Lange, Joachim Die GmbH & Co KG, Neue
Wirtschaftsbriefe, Fach 18,
S.2081 ff.
- Lübtow von, Ulrich Erbrecht, 1. Halbband, 1971
- Maiberg, Hermann Gesellschaftsrecht, 1972
- Maunz-Dürig-Herzog Grundgesetz, Kommentar, Lose-
blattsammlung, Stand 1975
- Mertens, Hans-Joachim Die Einmann-GmbH & Co. KG
und das Problem der gesell-
schaftsrechtlichen Grund-
typenvermischung, NJW 1966,
S.1049 ff.
- Mitteilung der Industrie- und Handels-
kammer Osnabrück, GmbHRdsch.
1974, S.94
- Müller, Klaus Haftungsfragen im Zusammen-
hang mit der Geschäftsfüh-
rung der GmbH & Co. KG durch
die Komplementär-GmbH, GmbH-
Rdsch. 1972, S.18 ff.
- Der Abschluß eines Gewinnab-
führungsvertrages bei der
GmbH, GmbHRdsch. 1973,
S.97 ff.

- Die Vererbung des OHG-Anteils,
Rechtswissenschaft und Gesetz-
gebung, Festschrift für
Eduard Wahl, 1973, S.369 ff.
- Neumann, Horst Sonderabschreibung auf Flug-
zeuge und Schiffe durch
Finanzierungs-GmbH & Co.
Kommanditgesellschaften,
GmbH-Rdsch. 1971, S.217 ff.
- Nitschke, Manfred Die körperschaftlich struk-
turierte Personengesell-
schaft, 1970
- Oldenburg, Werner Fremdgeschäftsführung und
-Vertretung in den Personen-
gesellschaften, Diss.
Tübingen 1973
- Palandt Bürgerliches Gesetzbuch,
34. Auflage 1975
zitiert: Palandt-Bearbeiter
- Paulick, Heinz Die eingetragene Genossen-
schaft als Beispiel gesetz-
licher Typenbeschränkung,
1954
- Peter, Karl Neuzeitliche Gesellschafts-
verträge und Unternehmens-
formen, 4. Auflage 1972
- Plum, Maria Der fortschreitende Struk-
turwandel der Personalge-
sellschaft durch Vertrags-
gestaltung, Hundert Jahre
Deutsches Rechtsleben, Fest-
schrift zum hundertjährigen
Bestehen des Deutschen
Juristentages 1860 - 1960,
Band II, 1960, S.137 ff.
- Post, Manfred Die GmbH & Co. KG -steuer-
lich günstigste Unter-
nehmensform? 1969
- Referentenentwurf eines Gesetzes über Gesell-
schaften mit beschränkter
Haftung, herausgegeben vom
Bundesministerium der Justiz,
1969

- Reichel, Wolfgang Die rechtliche Konstruktion des Immobilien-"Investments", BB 1965, S.1117 ff.
- Reichsgerichtsrätekommentar-HGB Kommentar zum Handelsgesetzbuch, früher herausgegeben von Mitgliedern des Reichsgerichts, 2. Band, bearbeitet von Weipert, 2. Auflage 1950, zitiert: Weipert in HGB-RGRK
- Reinfeld, Jörn Die Haftung des Geschäftsführers der GmbH & Co., Diss. Hamburg 1970
- Reinhart, Rudolf Gesellschaftsrecht, 1973
- Die Fortentwicklung des Rechts der offenen Handelsgesellschaft und Kommanditgesellschaft in der neueren deutschen Lehre und Rechtsprechung, ZBJV 103 (1967), S.329 ff.
- Anmerkung zum Urteil des BGH JZ 1956, S.248, 251 ff.
- Reyher, Fritz Juristische Personen als Mitglieder einer offenen Handelsgesellschaft, Diss. Leipzig 1930
- Rinsche, Franz-Josef Das Verhältnis der materiellrechtlichen Voraussetzungen der Gesellschafterausschließung nach §§ 140, 142 HGB zu denen der Gesellschaftsauflösung nach § 133 HGB, Diss. Münster 1963
- Rosenau, H. Die GmbH & Co. in rechtlicher und steuerlicher Sicht, DB 1965, Beilage Nr.18
- Salch, Dieter Der Gegenstand des Unternehmens einer Komplementär-GmbH, GmbHRdsch. 1971, S.251 ff.

- Schaub, Günter Arbeitsrechts-Handbuch,
1972
- Scherpf, Peter Betriebswirtschaft, Hand-
buch der Personengesell-
schaften, II. Teil, Lose-
blattsammlung, Stand 1973
- Scheuing, Paul Die Führung einer zweiten
Firma durch Handelsgesell-
schaften und deren Teil-
nahme an einer offenen Han-
delsgesellschaft, Diss.
Tübingen 1905
- Schlegelberger - Geßler Handelsgesetzbuch, 2. Band,
4. Aufl. 1963
- Schönle, Friedrich Grundtypenvermischung im
neuen Recht. Insbesondere
die Kapitalgesellschaften
als Mitglieder von Perso-
nalgesellschaften, Diss.
Berlin 1935
- Schoenthal, Donald Die Stellung gesetzlicher
Vertreter des Schuldners im
Verfahren nach den §§ 888,
890 ZPO, Diss. Freiburg 1972
- Scholz, Franz Kommentar zum GmbH-Gesetz,
5. Auflage 1964
- Serick, Rolf Rechtsform und Realität
juristischer Personen, 1955
- Simon, Jürgen Kann die GmbH & Co. KG In-
haberin der Geschäftsanteile
ihrer persönlich haftenden
Gesellschafterin sein? DB
1963, S.1209 ff.
- Gesellschaftsrechtliche Bin-
dungen auf Lebenszeit? DB
1961, S.1679 ff.
- Soergel - Siebert Bürgerliches Gesetzbuch,
Band 1, 2 und 3, 10. Auf-
lage 1967/1969
zitiert: Soergel - Bearbeiter

- Der Geschäftsführervertrag
der GmbH und GmbH & Co.,
1974
- Uhlenbruck, Wilhelm Die Rechtsstellung des ge-
täuschten Kommanditisten
im Konkurs und Vergleich
der betrügerischen GmbH
& Co. (unter besonderer
Berücksichtigung der Ab-
schreibungsgesellschaften),
GmbHRRdsch. 1973, S.107 ff.
- Vogel, Hermann GmbH-Gesetz, 2. Auflage
1956
- Westermann, Harm-Peter Vertragsfreiheit und Typen-
gesetzlichkeit im Recht der
Personengesellschaften, 1970,
zitiert: Westermann, Ver-
tragsfreiheit
- Westermann, Harry Personengesellschaftsrecht,
BGB-Gesellschaft - OHG - KG,
Studienausgabe aus Wester-
mann-Scherpf-Paulick-Bulla-
Hackbeil, Handbuch der Per-
sonengesellschaft, 2. Auf-
lage 1973,
zitiert: Westermann, Hdb.
- Wieczorek, Bernhard Zivilprozeßordnung, Band IV,
Teil 2, 1958
- Wiedemann, Herbert Die Übertragung und Verer-
bung von Mitgliedschafts-
rechten bei Handelsgesell-
schaften, 1965
- Unternehmensrecht und GmbH-
Reform, JZ 1970, S.593 ff.
- Wieland, Karl Handelsrecht, Erster Band,
Das kaufmännische Unterneh-
men und die Handelsgesell-
schaften, 1921
- Wiethölter, R. Die GmbH & Co. KG, Chancen
und Grenzen, Aktuelle
Probleme der GmbH & Co.,
3. Auflage 1974, S.11 ff.

- Winter, Heinz Anm. zum Urteil des BGH,
GmbHHRdsch. 1965, S.194,
195 f.
- Wöhe, Günter Betriebswirtschaftliche
Steuerlehre, Band II, 1.
Halbband, 1963
- Würdinger, Hans Gesellschaften, 1. Teil,
Recht der Personalgesell-
schaften, 1937
- Arbeitsberichte der Akademie
 für Deutsches Recht, Nr.12,
 Das Recht der Personalge-
 sellschaften, 1. Teil, Die
 Kommanditgesellschaft,
 1939,
 zitiert: Würdinger, Arbeits-
 berichte
- Zartmann - Liftin Unternehmensform nach Maß,
 1970
- Zielinski, Gustav Grundtypvermischung und
 Handelsgesellschaftsrecht,
 1925
- Zöllner, Wolfgang Die Schranken mitgliedschaft-
 licher Stimmrechtsmacht bei
 den privatrechtlichen Perso-
 nenverbänden, 1963

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

a.A.	anderer Ansicht
aaO.	am angegebenen Ort
Abs.	Absatz
a.E.	am Ende
AktG	Aktiengesetz vom 6.9.1965
Anm.	Anmerkung
Art.	Artikel
BB	Betriebs-Berater (Jahr und Seite)
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch vom 18.8.1896
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichts- hofs in Zivilsachen (Band und Seite)
Co.	Companie
DB	Der Betrieb (Jahr und Seite)
ders.	derselbe
Diss.	Dissertation
DNotZ	Deutsche-Notar-Zeitschrift (Jahr und Seite)
DR	Deutsches Recht (Jahr und Seite)
Einf.	Einführung
f.	folgend
FamRZ	Ehe und Familie im privaten und öffentlichen Recht, Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (Jahr und Seite)
ff.	folgende
Fn.	Fußnote
Großkomm.	Großkommentar

GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung vom 20.4.1892
GmbHRdsch.	Rundschau für GmbH (Jahr und Seite)
GG	Grundgesetz 23.5.1949
Hdb.	Handbuch
HGB	Handelsgesetzbuch vom 10.5.1897
h.M.	herrschende Meinung
IHK	Industrie- und Handelskammer
i.V.m.	in Verbindung mit
i.w.S.	im weiteren Sinn
JW	Juristische Wochenschrift (Jahr und Seite)
JZ	Juristen-Zeitung (Jahr und Seite)
KG	Kammergericht Kommanditgesellschaft
KGJ	Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts (Band, Abteilung, Seite)
LM	Lindenmaier und Möhring, Nachschlagwerk des BGH in Zivilsachen (Nr. .. zu § ...)
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Jahr und Seite)
Nr.	Nummer
OHG	offene Handelsgesellschaft
OLG	Oberlandesgericht

OLG-Rspr.	Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiet des Zivilrechts (Band und Seite)
OLGZ	Entscheidungen der Oberlandesgerichte in Zivilsachen (Jahr und Seite)
RefE	Referentenentwurf
RG	Reichsgericht
RGRK	Reichsgerichtsrätekomentar
RGZ	Entscheidungen des Reichsgericht in Zivilsachen (Band und Seite)
Rn.	Randnote
Rspr.	Rechtsprechung
Rz.	Randziffer
S.	Seite
	Satz
Übbl.	Überblick
vgl.	vergleiche
Vorbem.	Vorbemerkung
WM	Wertpapiermitteilungen (Jahr und Seite)
z.B.	zum Beispiel
ZBJV	Zeitschrift des bernischen Juristenvereins (Band und Seite)
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht (Jahr und Seite)
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht (Band und Seite)
ZPO	Zivilprozeßordnung in der Fassung vom 12.9.1950

I) Einleitung

Die Veröffentlichungen der Handelsregistereintragungen bestätigen eindrucksvoll, daß die Gesellschaftsform der GmbH & Co. an Beliebtheit¹⁾ nichts eingebüßt hat. Je stärker die GmbH & Co. im Wirtschaftsleben ihre Verbreitung findet, um so differenzierter werden die Motive, die zu ihrer Gründung führen. Insbesondere sind neben den ehemals klassischen Gesichtspunkt der Vermeidung der Doppelbesteuerung²⁾ zahlreiche andere Motive getreten, die gesellschaftsrechtlicher Natur sind³⁾. Eine solche gesellschaftsrechtliche Gestaltungsmöglichkeit, die gegenüber der aus natürlichen Personen bestehenden Personengesellschaft als vorteilhaft angesehen wird, stellt die Tatsache dar, daß über die Komplementär-GmbH Gesellschaftsfremde mit der Geschäftsführung und Vertretung betraut werden können⁴⁾.

-
- 1) vgl. dazu Hesselmann, S.2 mit Fn.4 und 5; Wietölter, Aktuelle Probleme, S.29 ff.; Mitteilung der IHK Osnabrück, GmbHRdsch. 1974, S.94.
 - 2) vgl. Hesselmann, S.4, 40 ff.; Böttcher-Beinert, S.24; Fischer in Großkomm. HGB, § 105, Anm.26; die GmbH & Co. bietet keineswegs stets steuerliche Vorteile, vgl. hierzu Post, S.107; Wöhe, S.55 ff.; Hesselmann, S.43; Dornfeld, Aktuelle Probleme, S.151; Brönner-Bünz, S.234 ff.; Krollmann, DB 1969, S.625.
 - 3) Hesselmann, S.27 ff.; Böttcher-Beinert, S.25 ff.; Brönner-Bünz, S.23 ff.; Sudhoff, S.5 ff.
 - 4) vgl. Böttcher-Beinert, S.25 ff.; Hesselmann, S.28, 33, 36, 38; Sudhoff, GmbH & Co., S.6; Brönner-Bünz, S.23 f.; Schilling in Großkomm. HGB, § 161, Anm.21; Fischer in Großkomm. HGB, § 105, Anm. 26; Buchwald-Tiefenbacher, S.63; Köhler, S.253.

Diese Einbeziehung eines außenstehenden Dritten in die Personengesellschaft führt in den Bereich der Dritorganschaft⁵⁾. Dabei wird zum Teil die GmbH & Co. als ein Fall allseits für zulässig erachteter Dritorganschaft angesehen⁶⁾. Die Richtigkeit dieser Auffassung mag dahinstehen, jedenfalls ist anerkannt, daß die Konstruktion der GmbH & Co. im Ergebnis, insbesondere bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise, eine Dritorganschaft ermöglicht⁷⁾. Die praktische Durchführbarkeit der Dritorganschaft erweist sich -abgesehen von zahlreichen Problemen ihrer rechtlichen Zulässigkeit- deswegen als besonders schwierig, weil Vorschriften über die Auswahl, Bestellung und Abberufung des Dritorgans fehlen⁸⁾. Diese

-
- 5) Dieses Problem ist in letzter Zeit wieder in den Mittelpunkt wissenschaftlichen Interesses gerückt, vgl. einerseits Westermann, Vertragsfreiheit, S.328 ff.; Teichmann, S.118 ff.; Reinhart, S.84 f.; Dellmann, S.64 ff.; Oldenburg, S.66 ff.; andererseits Nitschke, S.232 ff.; Wiedemann, S.369 ff.; 376; die ganz h.M. lehnt die Dritorganschaft ab, vgl. nur Fischer in Großkomm. HGB, § 125 Anm.4; Westermann, Hdb., Rz.149; Hueck, S.277 f. jeweils m.w.N.
- 6) so ausdrücklich Bürck, S.28 f., 50.
- 7) vgl. Westermann, Hdb., Rz. 159, 149; Oldenburg, S.18; Reinhart, ZBJV 103, S.354; ders., S.83; Westermann, Vertragsfreiheit, S.444, 446; Nitschke, S.13, 251; Schilling in Großkomm. HGB, Vorbem. zu § 161, Anm.6.
- 8) vgl. Wiedemann, S.371; ferner die Vorschläge von Westermann, Vertragsfreiheit, S.445 ff.; Oldenburg, S.185 ff.; Teichmann, S.119 ff.

Schwierigkeit wird bei der GmbH & Co. zunächst dadurch umgangen, daß die Auswahl, Bestellung und Abberufung des Geschäftsführers formal der GmbH obliegen. Sie regeln sich damit nach GmbH-Recht.

Jedoch führt auch hier die Bestellung des Geschäftsführers oder das Unterlassen seiner Abberufung dann zu Schwierigkeiten zwischen den GmbH-Gesellschaftern einerseits und den übrigen Gesellschaftern der GmbH & Co. andererseits, wenn die Person des GmbH-Geschäftsführers nicht vom Vertrauen aller Gesellschafter getragen wird. Ein solcher Streit zwischen den Gesellschaftern kann schließlich die notwendige Vertrauensbasis beseitigen, so daß letztlich die Gesellschaft selbst in ihrem Bestand gefährdet ist.

Die Arbeit setzt sich zum Ziel zu untersuchen, inwieweit die GmbH bei der Bestellung des Geschäftsführers und damit bei der Auswahl seiner Person die Interessen der übrigen Gesellschafter zu berücksichtigen hat und ob diese Gesellschafter die Bestellung eines Geschäftsführers im Einzelfall verhindern können. Ebenso muß erörtert werden, ob die GmbH verpflichtet sein kann, mit Rücksicht auf die Interessen der übrigen Gesellschafter den Geschäftsführer abzuberufen.

II) Begriffsbestimmungen

Die GmbH & Co. ist eine Personenhandels-gesellschaft, an der eine GmbH als persönlich haftende und zur Geschäftsführung und Vertretung berechnigte Gesellschafterin beteiligt ist. Sie kann als oHG oder als KG ausgestaltet sein⁹⁾. Gleichwohl hat sich die Bezeichnung GmbH & Co. als Abkürzung für eine GmbH & Co. KG eingebürgert¹⁰⁾. Darüber hinaus lassen sich Unterscheidungen danach treffen, ob neben der GmbH weitere persönlich haftende Gesellschafter vorhanden und ob die GmbH-Gesellschafter zugleich auch Gesellschafter der Personengesellschaft sind. Da in der Literatur die Bezeichnungen für die einzelnen Typen¹¹⁾ der GmbH & Co. sehr unterschiedlich¹²⁾ verstanden werden, ist es notwendig, die dieser Arbeit zugrundegelegten Definitionen festzusetzen:

-
- 9) Hesselmann, S.1; Böttcher-Beinert, S.20; vgl. auch Sudhoff, GmbH & Co., S.5; Peter, S.325; Zartmann-Liftin, S.172; allerdings ist eine GmbH & Co. oHG in der Praxis äußerst selten.
- 10) Hesselmann, S.2; Böttcher-Beinert, S.21.
- 11) Es bleiben außer Betracht die "dreistufige GmbH & Co.", vgl. Böttcher-Beinert, S.22 f., 30 ff.; sowie die GmbH & Co. als Alleingesellschafterin ihrer Komplementär-GmbH, vgl. dazu Brönner-Bünz, S.23 ff.; Simon, DB 1963, S.1209 f., Gonella, DB 1965, S. 1165 ff., Mertens, NJW 1966, S.1049 ff.
- 12) vgl. Fetsch, S.1 f.; Wiethölter, Aktuelle Probleme, S.16 ff.

Als eine GmbH & Co. im weiteren Sinn (i.w.S.) wird eine oHG bezeichnet, bei der ein persönlich haftender Gesellschafter eine GmbH ist. Ebenso ist als GmbH & Co. i.w.S. eine KG anzusehen, bei der neben der GmbH weitere natürliche Personen als persönlich haftende Gesellschafter vorhanden sind.

Die Bezeichnung GmbH & Co. KG wird verwendet, wenn eine GmbH einzige persönlich haftende sowie geschäftsführungs- und vertretungsberechtigte Gesellschafterin einer KG ist¹³⁾. Diese Form stellt das Grundmodell der Arbeit dar.

Von einer personenidentischen GmbH & Co. KG wird gesprochen, wenn alle Gesellschafter der GmbH zugleich als Kommanditisten an der KG beteiligt sind¹⁴⁾.

Bei der beteiligungsgleichen GmbH & Co. KG liegt zunächst Personenidentität vor. Darüber hinaus entsprechen die Beteiligungsverhältnisse an der KG dem Verhältnis der GmbH-Anteile¹⁵⁾.

13) Böttcher-Beinert verwenden hier die Bezeichnung "unechte GmbH & Co.", vgl. S.21; dagegen bezeichnen Zartmann-Liftin, S.174, sowie Peter, S.326, diese Form als GmbH & Co. "im weiteren" bzw. "im uneigentlichen Sinn".

14) Brönner-Bünz, S.23, sprechen von "personen-gleicher" GmbH & Co. KG; Böttcher-Beinert, S.21, von "unechter" GmbH & Co.; Hesselmann, S.2; Gohl, S.13 f.; sowie Daubenbüchel, S.24, legen hier den Begriff der "GmbH & Co. im engeren Sinn" zugrunde.

15) Dieser Typ wird auch mit GmbH & Co. "im eigentlichen Sinn" oder "echter" GmbH & Co. umschrieben, vgl. Böttcher-Beinert, S.21; Baumbach-Duden, § 161, Anm.4 C; Zartmann-Liftin, S.174.

III) Die Stellung des Geschäftsführers einer
GmbH & Co.

1) Die Geschäftsführung und Vertretung einer Per-
sonengesellschaft durch eine juristische Per-
son als persönlich haftende Gesellschafterin

Ist eine GmbH persönlich haftende Gesellschafterin einer Personengesellschaft und damit zur Geschäftsführung und Vertretung dieser Gesellschaft verpflichtet, so kann sie dieser Verpflichtung nur nachkommen, indem sie als juristische Person ihre Handlungsorgane hierzu einsetzt. Nach der heute unbestrittenen Organtheorie ¹⁶⁾ handelt die juristische Person durch ihre Organe selbst. Diese Fiktion läßt aber nicht die Tatsache verschwinden, daß die GmbH zur Erfüllung ihrer gesellschaftsvertraglichen Pflichten eine natürliche Person einschalten muß. Das Handlungsorgan der GmbH, der Geschäftsführer, führt somit als Organ die Geschäfte der GmbH, wozu auch diejenigen der Personengesellschaft gehören. Er wird zutreffend als "mittelbarer Geschäftsführer" der GmbH & Co. aufgefaßt ¹⁷⁾.

Aus dieser Notwendigkeit des Handelns durch den Geschäftsführer folgt die Verpflichtung der GmbH, einen Geschäftsführer zu bestellen. Wenn die GmbH vertraglich die Geschäftsführung der Personengesellschaft übernimmt, so muß sie alles tun, um dieser Pflicht nachkommen zu können. Dazu gehört

16) vgl. z.B. Staudinger-Coing, Einl. zu § 21, Rn. 20.

17) Hesselmann, S. 74; Ausdruck von Cahn, S. 20;
vgl. auch RGZ 123, S. 289, 299.

als primäre Voraussetzung, daß sie über Handlungsorgane verfügt. Die Pflicht zur Bestellung des Geschäftsführers erwächst daher als gesellschaftsvertragliche Pflicht gegenüber der Kommanditgesellschaft. Die in § 6 Abs.1 GmbHG statuierte verbandsrechtliche Voraussetzung, daß die GmbH einen Geschäftsführer haben muß, erfährt damit eine schuldrechtliche Verstärkung gegenüber den Kommanditisten.

2) Das Interesse der übrigen Gesellschafter der Personengesellschaft an der Person des Geschäftsführers der GmbH

Der GmbH-Geschäftsführer führt, abgesehen von vertraglichen Bindungen oder Weisungen der Gesellschafterversammlung, in eigener Verantwortung die Geschäfte der GmbH und damit auch die der Personengesellschaft. Er trifft die geschäftlichen Entscheidungen und ist weitestgehend für den wirtschaftlichen Erfolg oder Mißerfolg des Unternehmens verantwortlich. Er wählt die Mitarbeiter aus und bestimmt somit die Personalqualität. Seine Funktion läßt sich zusammengefaßt dahin umschreiben, daß er die "Seele des Unternehmens"¹⁸⁾ ist. Sofern ihm im Innenverhältnis keine Beschränkungen weitreichender Art auferlegt sind, entscheidet er auch über Risikogeschäfte oder über Geschäfte mit großem finanziellem Volumen¹⁹⁾. Selbst Beschränkungen im

18) vgl. zur Formulierung Würdinger, Arbeitsberichte, S.15.

19) vgl. etwa die Beispiele bei Sudhoff, GmbH & Co., S.533 f., 448.

Innenverhältnis erweisen sich jedoch -wirtschaftlich betrachtet- nur als theoretische Sperre, denn die Vertretungsmacht des Geschäftsführers ist im Außenverhältnis nicht beschränkbar. Überschreitet der Geschäftsführer seine Geschäftsführungsbefugnis, so ist die Gesellschaft auf Schadensersatzansprüche gegen ihn angewiesen. Deren Realisierung stößt in der Praxis aus Gründen der Solvenz auf erhebliche Schwierigkeiten. Schon aus wirtschaftlichen Überlegungen heraus muß davon ausgegangen werden, daß den übrigen Gesellschaftern der Personengesellschaft die Person des Geschäftsführers nicht gleichgültig ist.

Bei der GmbH & Co. i.w.S.²⁰⁾ ist der Geschäftsführer in der Lage, andere persönlich haftende Gesellschafter unmittelbar und unbeschränkt zu verpflichten, wenn der gesetzlichen Regel entsprechend Alleinvertretungsbefugnis gilt. Allein deswegen haben die übrigen persönlich haftenden Gesellschafter ein elementares Interesse daran, daß nur im Geschäftsleben erfahrene und ausreichend vorgebildete Personen zu Geschäftsführern der Komplementär-GmbH bestellt werden.

Auch bei der GmbH & Co.KG²¹⁾ kann nicht angenommen werden, daß die Kommanditisten der Auswahl des Geschäftsführers indifferent gegenüberstehen. Einmal sind zahlreiche Fälle denkbar, bei denen

20) vgl. oben II), S.5.

21) vgl. oben II), S.5.

die unmittelbare Haftung der Kommanditisten auflebt²²⁾ oder bei denen er sogar einer unbeschränkten Haftung unterliegt²³⁾. Zum anderen ist für den Kommanditisten wesentlich, welcher Gesellschaft mit welcher Geschäftsführerpersönlichkeit er seine Kommanditeinlage anvertraut. Gerade bei der GmbH & Co., bei der die GmbH einzige Komplementärin ist, wird der Kommanditist neben anderen Gesichtspunkten die wirtschaftliche Bonität des Unternehmens danach bemessen, welche Unternehmerpersönlichkeit das Unternehmen leitet²⁴⁾.

22) vgl. § 172 Abs.4 HGB; für den Kommanditisten ist auch eine Haftung nach Übertragung seines Anteils in Sonderrechtsnachfolge (vgl. dazu Schilling in Großkomm. HGB, § 173, Anm.22 f.) aktuell: Nach herrschender, wenn auch bestrittener Auffassung (vgl. RG, DNotZ 1944, S.195, 199; Schlegelberger-Geßler, § 173 Rn.11; Schilling, aaO., Anm.28; a.A. Westermann, HdB., Rz.937; Baumbach-Duden, § 172, Anm.2 B; Weipert in HGB-RGRK, § 173, Anm.25, jeweils m.w.N.) haftet der ausgeschiedene Kommanditist, wenn dem in Sonderrechtsnachfolge eingetretenen Kommanditisten die Einlage zurückgewährt wird.

23) vgl. § 176 HGB; für den Kommanditisten ist auch von Bedeutung, daß nach §§ 162 Abs.1, 161 Abs.2, 108 Abs.1 HGB die Erlangung der Kommanditisteneigenschaft von der Eintragung abhängt; bei dieser Eintragung müssen alle Gesellschafter, also auch die GmbH, vertreten durch den Geschäftsführer, mitwirken. Ein Versagen des Geschäftsführers hierbei hat also für den Kommanditisten erhebliche Folgen.

24) vgl. auch Tillmann, DB 1974, S.1705, 1706.

Ist damit herausgearbeitet, daß grundsätzlich die übrigen Gesellschafter einer GmbH & Co. der Person des Geschäftsführers der GmbH in seiner Stellung als Leiter der Personalgesellschaft Bedeutung beimessen, so muß nunmehr noch dargestellt werden, bei welchen GmbH & Co. Meinungsverschiedenheiten zwischen den Gesellschaftern über die Person des Geschäftsführers auftreten können.

IV) Die Möglichkeit verschiedener Beurteilung
der Geschäftsführerqualifikation durch
GmbH-Gesellschafter einerseits und durch
die übrigen Gesellschafter andererseits
unter Berücksichtigung der verschiedenen
Formen einer GmbH & Co.

Bei der GmbH & Co. i.w.S. sowie bei der GmbH & Co. KG²⁵⁾ bedarf es keiner näheren Erörterung, daß die weiteren persönlich haftenden Gesellschafter sowie die Kommanditisten der Person des GmbH-Geschäftsführers kein Vertrauen entgegen bringen, während die GmbH-Gesellschafter glauben, einen geeigneten Geschäftsführer bestellt zu haben. Hier ist wegen der Personenverschiedenheit eine konträre Beurteilung stets möglich.

Demgegenüber scheint bei der personenidentischen GmbH & Co.²⁶⁾ auf den ersten Blick diese unterschiedliche Beurteilung auszuscheiden, weil die Kommanditisten zugleich in ihrer Eigenschaft als GmbH-Gesellschafter die Auswahl des Geschäftsführers mitbestimmen. Jedoch ist auch bei der personenidentischen GmbH & Co. eine einheitliche Willensbildung nicht automatisch gesichert. Es kann nicht davon ausgegangen werden, daß keinem Kommanditisten ein ihm nicht vertrauenswürdiger Geschäftsführer aufgedrängt werden könne. Denn

25) vgl. zu den Begriffen oben II), S.5.

26) vgl. zur Definition oben II), S.5.

während bei der KG das Stimmrecht nach Köpfen bemessen wird, verteilt sich bei der GmbH das Stimmrecht nach Geschäftsanteilen, wobei jede hundert DM eines Geschäftsanteils eine Stimme gewähren²⁷⁾. Folglich ergeben sich bei der personenidentischen GmbH & Co. Differenzen bei der Willensbildung immer dann, wenn wirtschaftlich gesehen die Höhe der Kommanditeinlage den Wert des Geschäftsanteils in der GmbH übersteigt. In diesem Fall bleibt der rechtliche Einfluß auf die GmbH und damit auf die Bestellung des Geschäftsführers hinter der wirtschaftlichen Beteiligung an der Personalgesellschaft zurück, weil der Kommanditist nicht entsprechend seiner wirtschaftlichen Gewichtigkeit an der Auswahl des Geschäftsleiters der KG beteiligt ist.

Nur wenn die Beteiligung an der GmbH und der KG prozentual in gleicher Höhe oder in Höhe desselben Betrages liegt, folgt aus dem wirtschaftlichen Gleichlauf beider Gesellschaften auch ein rechtlicher. Dieser Gleichlauf ist nur bei der beteiligungsgleichen GmbH & Co.²⁸⁾ gegeben. Um diesen Gleichlauf zu erhalten, muß bei der Vertragsschließung vereinbart werden, daß eine Änderung der Beteiligung bei der einen Gesellschaft automatisch eine gleiche Änderung der Beteiligung bei der anderen Gesellschaft zur Folge hat²⁹⁾.

27) § 47 Abs.2 GmbHG.

28) vgl. dazu oben II), S.5.

29) Dies schlägt Sudhoff, NJW 1967, S.2181, vor.

Die beteiligungsgleiche GmbH & Co. wirft also bei der Auswahl, Bestellung und Abberufung des GmbH-Geschäftsführers insoweit keine Probleme auf, als hierbei der Kommanditist im Verhältnis zu seinen Mitgesellschaftern über ein Stimmrecht verfügt, das seinem kapitalmäßigen Engagement entspricht.

Die beteiligungsgleiche GmbH stellt aber in der Praxis nicht den am häufigsten auftretenden Typ der GmbH & Co. dar³⁰⁾, so daß das Problem der Differenzen unter den Gesellschaftern wegen der Person des Geschäftsführers nicht nur als theoretische Frage angesehen werden kann. Ferner wird sich in der nachfolgenden Untersuchung zeigen, daß selbst die personenidentische GmbH & Co. unter Berücksichtigung der Gründungsmotivation keineswegs eine dominante Rolle spielt, sondern die GmbH & Co. KG³¹⁾ der Standardtyp der GmbH & Co. ist.

30) Nach Angaben von Böttcher-Beinert, S.21; Sudhoff, GmbH & Co., S.5, Zartmann-Liftin, S.174; soll die personenidentische GmbH & Co. in der Praxis am häufigsten vorkommen.

31) vgl. oben II), S.5.

V) Die Motivationen zur Gründung einer nicht personenidentischen GmbH & Co.

Bei der nachfolgenden Darstellung der Motivationen, die zur Gründung einer GmbH & Co. führen, ist zu berücksichtigen, daß die verschiedenen Aspekte nicht isoliert betrachtet werden dürfen. Es ergibt sich häufig eine Überschneidung mehrerer Gesichtspunkte, auf die hier im einzelnen nicht eingegangen werden kann.

1) Die Gründung der GmbH & Co. zur Lösung von Fragen des Managements

Eine zentrale Bedeutung bei der Wahl der Gesellschaftsform der GmbH & Co. nehmen Fragen des Managements ein³²⁾. Wie bereits eingangs dargestellt, bietet die GmbH & Co. als einzige Form der Personalhandelsgesellschaft die Möglichkeit, Dritte mit der Geschäftsführung und Vertretung zu betrauen, ohne daß diese zugleich die persönliche Haftung übernehmen müssen³³⁾. Gerade diese Übernahme der persönlichen Haftung verhindert es häufig, geeignete Führungskräfte für die Gesellschaft zu gewinnen. Dabei ist zu beachten, daß dem Dritten mit der Position des Geschäftsführers eine wesentliche attraktivere Stellung angeboten

32) Zartmann-Liftin, S.184; Henze-Triller, S.110.

33) Zartmann-Liftin, S.185 f.; Böttcher-Beinert, S.26 f.

wird, als dies bei Erteilung einer Generalvollmacht oder Prokura der Fall ist³⁴⁾. Von entscheidender Bedeutung ist auch, daß als Nachfolger für einen ausscheidenden Geschäftsführer ein erfahrener leitender Angestellter ausgewählt werden kann und somit die Qualität und Kontinuierlichkeit der Geschäftsführung gewährleistet sind³⁵⁾. Bei dieser Gestaltung, die von vornherein auf den Vorteil der Fremdgeschäftsführung abzielt, wird in der Regel eine GmbH & Co. KG³⁶⁾ entstehen, weil nicht allen Gesellschaftern der KG ein Einfluß auf die Geschäftsführung im einzelnen eingeräumt werden soll.

Im Gegensatz zu dieser Gründung der GmbH & Co. bei Betriebsaufnahme steht die Sicherung der Unternehmensführung einer bestehenden Personalgesellschaft. Bei einer OHG oder KG besteht stets das Problem der Nachfolge des geschäftsführenden Gesellschafters. Dies gilt insbesondere dann, wenn nur ein Komplementär vorhanden ist. Stirbt dieser Gesellschafter oder ist er auf Grund seines Alters oder einer Krankheit nicht mehr in der Lage, die Geschäfte zu führen, so kann die Suche nach einem geeigneten Nachfolger schwierig sein. Beim Tod

34) Zartmann-Liftin, S.187; Böttcher-Beinert, S.27; vgl. auch Hesselmann, S.40, der eine Kommanditbeteiligung des Geschäftsführers als zusätzliche Möglichkeit der Ausgestaltung der Geschäftsführerposition erörtert.

35) vgl. Peter, S.327.

36) vgl. zum Begriff oben II), S.5.

eines Gesellschafters wird dies dann der Fall sein, wenn als Erben nur die geschäftlich unerfahrene Witwe oder minderjährige Kinder vorhanden sind. Gleiches gilt, wenn die Erben zwar geeignet sind, die Geschäftsführung zu übernehmen, sich jedoch scheuen, in die unbeschränkte Haftung einzutreten und daher von ihrem Wahlrecht nach § 139 HGB Gebrauch machen wollen. Hier bietet sich die Gründung einer GmbH an, die an die Stelle des Komplementärs tritt³⁷⁾ und deren Aufnahme in die Personalgesellschaft zunächst als "Reservegeschäftsführer"³⁸⁾ erfolgen kann. Gerade diese Möglichkeit der Sicherung der Unternehmensleitung beim Generationenwechsel ist als hervorstechender Vorteil der GmbH & Co. anzusehen³⁹⁾. Der Tod des Geschäftsführers berührt den Bestand der Gesellschaft nicht, für ihn läßt sich -wie bereits oben dargelegt- leichter ein Nachfolger finden, weil seine Stellung nicht mit der persönlichen Haftung gekoppelt ist⁴⁰⁾ und zudem leitende Angestellte als potentielle Geschäftsführer zur Verfügung stehen. Hier entsteht regelmäßig eine GmbH & Co. KG, weil nur die Erben des ehemaligen Komplementärs die GmbH gründen. Vielfach

37) vgl. Hesselmann, S.28 f.; Zartmann-Liftin, S.188 f.; Peter, S.328; Böttcher-Beinert, S.28; Henze-Triller, S.107 ff.

38) vgl. dazu Böttcher-Beinert, S.28; Sudhoff, S.6.

39) vgl. die in Fn.37 Genannten.

40) so Böttcher-Beinert, S.28.

werden nicht alle Familienangehörige als Erben Gesellschafter der GmbH, sondern sie können bei fehlender Eignung lediglich kapitalmäßig als Kommanditisten beteiligt werden⁴¹⁾.

Jedenfalls wird der Fall, daß alle Gesellschafter einer KG zur Sicherung der Nachfolge des einzigen Komplementärs eine GmbH gründen, in der Praxis kaum vorkommen, weil den bisherigen Kommanditisten sonst ein wesentlich intensiverer Einfluß auf die Gesellschaft eingeräumt wird. Dies wird aber in aller Regel weder in deren Sinn noch im Interesse der Nachfolger des einzigen Komplementärs liegen.

Auch wenn eine GmbH & Co. gegründet wird, um die Unternehmensleitung trotz kapitalmäßiger Unterlegenheit zu sichern, sind die GmbH-Gesellschafter und die Kommanditisten personenverschieden⁴²⁾. Es entsteht mithin eine GmbH & Co. KG im Sinne der obigen⁴³⁾ Definition. Diese Gründungsmotivation⁴⁴⁾

41) vgl. Henze-Triller, S.108; vgl. auch Hesselmann, S.28; Brönnner-Bünz, S.24; letztere gehen sogar davon aus, daß auch die als Geschäftsführer vorgesehenen Mitarbeiter Gesellschafter der GmbH werden.

42) vgl. Hesselmann, S.33; Böttcher-Beinert, S.27; Zartmann-Liftin, S.187; Peter, S.327.

43) vgl. II), S.5.

44) Sie taucht nachfolgend erneut unter dem Aspekt der "Kapitalbeschaffung" auf, vgl. S.18 ff.; während dort der Schwerpunkt auf der Beschaffung des notwendigen Gesellschaftskapitals liegt, sind hier Interessen der Geschäftsführung primär.

ist dann gegeben, wenn ein Fachmann ein Unternehmen gründen will, ihm jedoch einerseits das notwendige Kapital fehlt, er aber andererseits die Leitung des Unternehmens in seinen Händen halten will⁴⁵⁾. Hier sichert sich der Fachmann seinen Einfluß in der Gesellschaft, indem er eine GmbH gründet, die die Stellung des Komplementärs einnimmt.

2. Die Gründung der GmbH & Co. zur Kapitalbeschaffung

Die GmbH & Co. ist besonders geeignet, durch Kommanditbeteiligungen das zum Betrieb des Unternehmens notwendige Kapital zu beschaffen⁴⁶⁾.

Einmal kann bei der Gründung der Gesellschaft eine kleine Anzahl von Kommanditisten dem Unternehmen beigetreten sein, um der GmbH das notwendige Startkapital zur Verfügung zu stellen. Eine hier ebenso mögliche Beteiligung an der GmbH als deren Gesellschafter scheidet nach den Vorstellungen der Gründer aus, etwa weil sie nur vorübergehend als Kapitalgeber in Erscheinung treten wollen und somit die Übernahme von Geschäftsanteilen aus steuerlichen Gründen⁴⁷⁾ inopportun ist.

45) vgl. im einzelnen zu den Vorteilen dieser Gestaltung gegenüber einer GmbH oder KG Hesselmann, S.33 f.

46) vgl. dazu Hesselmann, S.30; Brönnert-Bünz, S. 29 f.; Peter, S.327; Sudhoff, GmbH & Co., S.6.

47) vgl. zur Kapitalverkehrssteuerpflicht, Sudhoff, GmbH, S.65.

Zum anderen kann die Gesellschaftsform der GmbH & Co. verwendet werden, um eine notleidende GmbH zu sanieren⁴⁸⁾. Die Gläubiger einer Schuldner-GmbH beteiligen sich kommanditistisch, um durch ihren Kapitaleinsatz die Sanierung des Unternehmens zu erreichen und damit zu verhindern, daß über das Vermögen der GmbH das Konkurs- oder Vergleichsverfahren eröffnet werden muß. Hier gehen die Gläubiger als Kommanditisten davon aus, daß das Unternehmen durch eine Kapitalzufuhr gerettet werden kann, und hoffen zu vermeiden, sich mit der Konkurs- oder Vergleichsquote begnügen zu müssen. Die Kommanditbeteiligung ist dann auch nur kurzfristig geplant und entfällt, sobald die GmbH wieder auf das zugeführte Kapital verzichten kann.

Ein weiterer Fall der GmbH & Co., die wegen der Kapitalbeschaffung gegründet wurde, ist die "Publikums-GmbH & Co.". Diese GmbH & Co., die sich an ein breites Publikum wendet, hat gerade in jüngster Zeit eine Hochblüte erlebt. Zahlreiche Abschreibungsgesellschaften, die unter Ausnutzung steuerlicher Präferenzen staatlich geförderte Projekte errichten, sind in dieser Form organisiert⁴⁹⁾. Bei ihnen liegt sowohl eine zahlen-

48) Hesselmann, S.37; Scherpf, Hdb., Rn.23; Zielinski, S.54 ff.; Zartmann-Liftin, S.192; Peter, S.328, Henze-Triller, S.111.

49) vgl. hierzu Hesselmann, S.31; Brönnert-Bünz, S.30 f.; Buchwald, BB 1968, S.1181; ders., GmbHRdsch. 1969, S.90 f.; Barth, GmbHRdsch. 1971, S.77 ff.; Neumann, GmbHRdsch. 1971, S.217 f.; Gronemann, DB 1973, S.96 ff.; vgl. ferner Wiedemann, JZ 1970, S.593, 597;

mäßige als auch kapitalmäßige Überlegenheit der Kommanditisten vor, deren Kontroll- und Verwaltungsrechte weitgehend beschränkt sind. Die Kommanditisten unterwerfen sich damit der beinahe uneingeschränkten Unternehmensleitung durch die GmbH. Andererseits ist die Kommanditbeteiligung frei übertragbar und konsequent wird das Kündigungsrecht ausgeschlossen⁵⁰⁾. Auch kann die Eintragung des Kommanditisten ins Handelsregister, die nach § 162 HGB erforderlich ist, vermieden werden, wenn ein Treuhänder als Kommanditist auftritt, der für die Anleger tätig wird⁵¹⁾.

Allen GmbH & Co., deren Gründung zum Zwecke der Kapitalbeschaffung erfolgte, ist folglich gemeinsam, daß bei ihnen stets Personenverschiedenheit zwischen GmbH-Gesellschaftern einerseits und Kommanditisten andererseits vorliegt.

Zartmann-Liftin, S.194; Reichel, BB 1965, S.1117, 1118; Kohl - Kübler - Walz - Wüstrich, ZHR 138 (1974), S.1, 5 ff.

- 50) Bei freier Übertragbarkeit des Kommanditanteils wird der Ausschluß des Kündigungsrechts für zulässig erachtet, vgl. Nitschke, S.42 f. m.w.N.; Barz, JW 1938, S.490, 491; zurückhaltend Simon, DB 1961, S.1679, 1682.
- 51) Hesselmann, S.32; Uhlenbruck, GmbHRdsch. 1973, S.107, 108; Buchwald, GmbHRdsch.1968, S.90, 91; Schilling in Großkomm.HGB, § 161, Anm.29.

3) Die Gründung der GmbH & Co. zur Herbeiführung
der Haftungsbeschränkung

Die GmbH & Co. stellt die einzige Rechtsform einer Personenhandels-gesellschaft dar, bei der keine natürliche Person eine unbeschränkte persönliche Haftung trifft⁵²⁾. Ist daher Zweck ihrer Gründung die Herbeiführung der Haftungsbeschränkung, so ergibt sich regelmäßig eine Personenverschiedenheit: Bei einer bestehenden KG gründet der persönlich haftende Gesellschafter mit einem anderen -aber nicht mit allen- Gesellschaftern, einem Dritten oder einem Angestellten der KG eine GmbH, die fortan die Stellung des persönlich haftenden Gesellschafters einnimmt⁵³⁾. Ist die Absicht, die Haftungsbeschränkung herbeizuführen, schon von Anfang an gegeben, so gründet der Gesellschafter, der an sich die Stellung eines persönlich haftenden Gesellschafters einnehmen müßte, eine GmbH. Hierbei wird er sich häufig eines Strohmannes bedienen, um im Ergebnis eine Einmann-gesellschaft zu errichten. In beiden Fällen wird jedenfalls eine personenverschiedene GmbH & Co. ins Leben gerufen.

52) vgl. Böttcher-Beinert, S.24.

53) vgl. Hesselmann, S.32.

4) Die Gründung der GmbH & Co. zur Fortführung einer bestehenden Firma

Die Fortführung einer Einzelfirma oder Personengesellschaft durch eine bestehende GmbH wird ebenfalls als Anlaß zur Gründung einer GmbH & Co. angeführt⁵⁴⁾. Eine Einzelfirma oder eine Personengesellschaft kann in ihrer Existenz bedroht sein, wenn die Erben des Inhabers oder des persönlich haftenden Gesellschafters das Unternehmen nicht fortführen wollen bzw. dieser wegen Krankheit oder Alters ausfällt. Ist hier eine bestehende GmbH an der Fortführung des Unternehmens interessiert, etwa um ein branchengleiches Unternehmen in ihre Leitung zu bringen, so bietet sich die Gründung einer GmbH & Co. an. Insbesondere ist die GmbH & Co. als Gesellschaftsform zur Lösung des Problems der Firmenfortführung besonders geeignet, wenn in die bestehende GmbH der alternde Gesellschafter bzw. dessen Erben nicht aufgenommen werden sollen: Diesen wird eine kommanditistische Beteiligung eingeräumt, während die GmbH ohne Veränderung in ihrem Gesellschafterbestand die Stellung des einzigen Komplementärs übernimmt. In diesen Fällen ist eine Personenidentität ausgeschlossen.

54) Hesselmann, S.36; Zielinski, S.46 ff.; Peter, S.328; vgl. auch Zartmann-Liftin, S.189 f., die auf die firmenrechtlichen Vorteile einer solchen Fortführung hinweisen; im Gegensatz zur oben unter V 1) (S.15 ff.) erörterten Sicherung der Unternehmensfortführung besteht hier die Komplementär-GmbH ausschließlich aus bislang nicht in der fortzuführenden Firma tätigen Personen.

5) Die GmbH & Co. als Instrument zur Regelung
der Erbfolge

Bei einer Familiengesellschaft ist regelmäßig ein Gesellschafter oder ein Familienstamm in dominanter Stellung. Der Generationenwechsel stellt beim Familienunternehmen stets deswegen ein besonderes Problem dar, weil unter den vorhandenen Familienangehörigen einerseits die zur Geschäftsleitung geeigneten ausgewählt und andererseits die übrigen Familienangehörigen finanziell abgefunden werden müssen. Das zur Abfindung notwendige Kapital ist aber in den meisten Fällen nicht vorhanden, eine Aufnahme von Fremdkapital scheidet aus, weil die Belastung unerträglich wäre. Hier bietet die GmbH & Co. den Vorteil, daß die zur Geschäftsleitung geeigneten Familienangehörigen als Gesellschafter in eine Komplementär-GmbH eintreten, während die übrigen erbberechtigten Familienangehörigen mit einem Kommanditanteil kapitalmäßig gesichert werden⁵⁵⁾. Hier bedingt der Generationenwechsel die personenverschiedene GmbH & Co.⁵⁶⁾.

55) vgl. besonders lobend zu dieser Möglichkeit Hesselmann, S.38 f.; ferner Brönnner-Bünz, S.28; Henze-Triller, S.107; Zartmann-Liftin, S.174 f., 190; Klamroth, S.26.

56) Das Problem der Erbfolge ist eng verwandt mit dem der Sicherung der Unternehmensfortführung, vgl. dazu oben S.16 ff. Ist jedoch in der Familie ein geeigneter Geschäftsleiter als zukünftiger Geschäftsführer der GmbH vorhanden, so stellt sich das Problem der Vermögensübertragung durch -auch vorweggenommene- Erbfolge isoliert.

6) Die Vermeidung der Doppelbesteuerung

Ist ausschließlicher Zweck der Gründung der GmbH & Co. die Vermeidung der Doppelbesteuerung⁵⁷⁾, so entsteht in der Regel eine personenidentische GmbH & Co.⁵⁸⁾. Die GmbH-Gesellschafter gründen mit ihrer GmbH als Komplementärin eine KG, wobei ausschließlich sie selbst als Kommanditisten auftreten. Die Kommanditbeteiligung fällt damit letztlich als Nebenprodukt der Zielsetzung an, die Gewinne weitgehend an die Kommanditisten auszuzahlen und somit dem Zugriff der Körperschaftsteuer zu entziehen. Hier kann auch eine beteiligungsgleiche GmbH & Co. entstehen⁵⁹⁾, freilich werden häufig die Kommanditanteile verschieden sein. Ferner kann im Wege der Erbfolge⁶⁰⁾ sich aus der einstmals vorhandenen personenidentischen und sogar beteiligungsgleichen GmbH & Co. KG eine GmbH & Co. KG⁶¹⁾ entwickeln.

57) vgl. Brönnner-Bünz, S.20; Hesselmann, S.40 ff.; Böttcher-Beinert, S.24 f.; Henze-Triller, S. 105 ff.; Dornfeld, Aktuelle Probleme, S.137 ff.; vgl. auch Krollmann, DB 1969, S.625; Deutler, DB 1970, S.381, 384.

58) vgl. oben S.5.

59) Brönnner-Bünz, S.23.

60) vgl. vorstehend V 5).

61) vgl. zur Definition II), S.5.

VI) Der Anlaß verschiedener Beurteilung der
Person des Geschäftsführers

Die soeben erfolgte Darstellung der Gründungsmotivationen zeigt, daß wegen der Häufigkeit der personenverschiedenen GmbH & Co. KG die Möglichkeit einer konträren Beurteilung der Geschäftsführerperson in der Praxis nicht ausgeschlossen werden kann. Es bedarf nunmehr noch einer Erörterung dazu, in welchen Situationen der Konflikt zwischen den GmbH-Gesellschaftern einerseits und den Kommanditisten andererseits aktuell werden kann.

Zunächst muß davon ausgegangen werden, daß sich im Zeitpunkt der Gründung der Gesellschaft oder des Beitritts des Kommanditisten eine gegenüber dem Geschäftsführer ablehnende Haltung nicht zeigen wird, wenn dieser bereits bestellt und somit seine Person bekannt ist. Ein Kommanditist wird sich weder an der Gründung einer GmbH & Co. KG beteiligen noch einer bestehenden Gesellschaft beitreten, wenn er den Leiter des Unternehmens für ungeeignet hält oder ihm aus sonstigen Gründen kein Vertrauen entgegenbringen kann.

Dagegen können Differenzen auftreten, wenn neben dem vorhandenen Geschäftsführer wegen der erfolgten Geschäftsausweitung weitere bestellt werden. Dies gilt auch dann, wenn den zusätzlichen Geschäftsführern lediglich ein geschäftlicher Teilbereich, etwa die Leitung des Vertriebs oder der Produktion, zugewiesen ist. Denn nach § 37 Abs.2 GmbHG sind derartige Beschränkungen Dritten gegen-

über wirkungslos. Für die Kommanditisten ist nämlich im Ergebnis entscheidend, in welcher Weise der Geschäftsführer die Kommanditgesellschaft verpflichten kann und damit die Gewinnerwartungen der Kommanditisten auch zu seiner Disposition stehen. Dagegen ist für die Kommanditisten unerheblich, ob der Geschäftsführer im Innenverhältnis zu weitreichenden Handlungen berechtigt ist, weil hier nur Schadensersatzansprüche ein Korrektiv bieten⁶²⁾.

Ferner kann sich eine Konfliktsituation zwischen dem Komplementär und den Kommanditisten ergeben, wenn ein Wechsel der Organperson stattfindet. Dies kann einmal vom Willen der GmbH-Gesellschafter abhängig sein, indem sie den Geschäftsführer abberufen. Zum anderen kann der Geschäftsführer sein Ausscheiden selbst veranlassen, indem er den Dienstvertrag kündigt und damit auch sein Amt als Geschäftsführer niederlegt. Schließlich ist noch denkbar, daß für den Geschäftsführer im Falle seines Todes ein Nachfolger berufen oder im Fall seiner langandauernden Erkrankung ein Ersatzgeschäftsführer bestellt werden muß. In diesen Fällen des Organwechsels stellt sich für die Kommanditisten die Frage, ob sie dem neuen Geschäftsführer das notwendige Vertrauen entgegenbringen können, das für ihre Kapitalbeteiligung unabdingbare Voraussetzung ist.

Das gleiche Problem entsteht, wenn zwar der Geschäftsführer nicht ausgetauscht wird, sich jedoch in seiner

62) vgl. § 43 Abs.1 GmbHG.

Person Veränderungen ergeben, die für das Gesellschaftsverhältnis relevant sind. So kann ein ehemals auch vom Vertrauen der Kommanditisten getragener Geschäftsführer im Laufe der Zeit Eigenschaften entwickeln, die - wären sie schon beim Eintritt der GmbH in die Gesellschaft vorhanden oder erkennbar gewesen - die Kommanditisten veranlaßt hätten, wegen der Person des Geschäftsführers der Komplementär-GmbH von einer Kommanditbeteiligung Abstand zu nehmen.

VII) Die in der Literatur und Rechtsprechung vorhandenen Meinungen zu den Rechten der Kommanditisten bei der Bestellung und Abberufung des Geschäftsführers der Komplementär-GmbH

1) Die Stellungnahmen in der Literatur

Die Bestellung des Geschäftsführers der Komplementär-GmbH wird von der ganz herrschenden Meinung als eine Angelegenheit der GmbH betrachtet. Gleiches gilt für die Abberufung. Die übrigen Gesellschafter haben hierauf keinen Einfluß⁶³⁾. Dabei wird zum Teil durch die Formulierung, daß es sich um eine "rein interne Angelegenheit der GmbH" handle, zum Ausdruck gebracht, daß jeglicher - wie auch immer gearteter - Einfluß der übrigen Gesellschafter ausgeschlossen sei⁶⁴⁾.

2) Die Auffassung der Rechtsprechung

Soweit ersichtlich hat sich die Rechtsprechung nur in einer Entscheidung mit der Frage der Bestellung des Geschäftsführers der Komplementär-GmbH befaßt⁶⁵⁾.

63) Hesselmann, S.74; Cahn, S.20; Brönner-Bünz, S.106; Sudhoff, GmbH & Co., S.194; ders., Geschäftsführer, S.90; Westermann, Hdb., Rz.195; Hueck, S.310; Henze-Triller, S.56; Rosenau, DB 1965, Beilage Nr.18, S.4; Klauss-Mittelbach, S.44, Rz.62; Gogos, S.74; Maiberg, S.205; Köhler, S.254.

64) Hesselmann, aaO.; ähnlich Klauss-Mittelbach, aaO.: "Die Gesellschafter der KG haben insoweit keinerlei Befugnisse".

65) BGH, DB 1970, S.389, 390.

Der BGH führt unter Hinweis auf Hesselmann⁶⁶⁾ aus, daß "die Bestellung und Abberufung des Geschäftsführers eine interne Angelegenheit der GmbH" sei, "auf die die GmbH & Co. keinen Einfluß" habe. Diesen Ausführungen des BGH kann jedoch nur die Qualität eines obiter dictum zugesprochen werden. Gegenstand der Entscheidung sind nicht die Rechte der übrigen Gesellschafter bei der Bestellung bzw. Abberufung des Geschäftsführers sondern Probleme beim Abschluß des Dienstvertrages, wenn dieser -von der üblichen Gestaltung abweichend- statt mit der GmbH mit der KG geschlossen wird⁶⁷⁾.

3) Die abweichende Meinung Barths

Lediglich Barth⁶⁸⁾ vertritt ohne Begründung unter Berufung auf die "§§ 6 Abs.2, 46 Ziff.5 GmbHG, 116 i.V.m. 163 HGB" die Meinung, daß die Einsetzung des Geschäftsführers nur im Benehmen mit den Kommanditisten erfolgen könne, da hierzu ein gemeinsamer Beschluß der Gesellschafter erforderlich sei.

Die Widerlegung der Meinung Barths ist nicht schwierig⁶⁹⁾: Barth erkennt, daß trotz der Stellung der GmbH als persönlich haftende Gesellschafterin diese rechtlich selbständig ist und scharf

66) 9.Aufl., S.100.

67) vgl. dazu unten VIII), S.36 ff.

68) GmbHRdsch. 1967, S.50, 56.

69) Hesselmann, S.74, Fn.261, lehnt die Meinung Barths mit der Bemerkung ab, "sie finde im Gesetz keine Stütze".

von der KG getrennt werden muß⁷⁰⁾. Die Tatsache, daß sie Gesellschafterin einer Personengesellschaft ist, führt nicht dazu, den übrigen Gesellschaftern dieser Personengesellschaft einen unmittelbaren Einfluß auf die körperschaftliche Organbestellung der juristischen Person zuzubilligen.

Auch der Hinweis Barths auf § 116 HGB, der für die KG seine Fortsetzung in § 164 HGB finden würde, führt letztlich nicht weiter: Dann müßte die Bestellung des Geschäftsführers eine Maßnahme darstellen, die über den gewöhnlichen Betrieb des Handelsgewerbes der Gesellschaft hinausgeht, so daß nach § 116 Abs. 2 HGB ein Beschluß aller Gesellschafter bzw. nach § 164 Satz 1 2. Halbsatz HGB die Zustimmung⁷¹⁾ der Kommanditisten erforderlich wäre. Für eine solche Zustimmung der übrigen Gesellschafter ist aber Grundvoraussetzung, daß die Bestellung des Geschäftsführers der GmbH als Akt der Geschäftsführung der Personengesellschaft qualifiziert werden kann.

Zur Geschäftsführung gehören alle Maßnahmen, die der Verwirklichung des Gesellschaftszwecks dienen⁷²⁾ mit Ausnahme derjenigen Maßnahmen, die als Änderung des Gesellschaftsvertrages aufzufassen sind, weil

70) vgl. z.B. Henze-Triller, S. 56.

71) Auf die Streitfrage, ob § 164 HGB ein Zustimmungs- oder nur ein Widerspruchsrecht gibt, kann hier nicht eingegangen werden, vgl. dazu Schilling in Großkomm. HGB, § 164, Anm. 5.

72) vgl. Fischer in Großkomm. HGB, 114, Anm. 2a; Hueck, S. 115; Flechtheim in Düringer-Hachenburg, § 116 Anm. 2.

sie die personellen Grundlagen oder die Organisation der Gesellschaft berühren⁷³⁾. Als Geschäftsführungsmaßnahmen gelten auch alle Akte, die zur Vorbereitung der eigentlichen Geschäftsführung notwendig sind⁷⁴⁾. Ausreichend ist weiter, daß die Maßnahme den Gesellschaftszweck mittelbar⁷⁵⁾ fördert.

Selbst unter Berücksichtigung dieses weiten Begriffs der Geschäftsführung kann die Bestellung des GmbH-Geschäftsführers nicht als Geschäftsführungsmaßnahme für die Personengesellschaft anerkannt werden. Zwar kann die GmbH die ihr nach dem Gesellschaftsvertrag obliegende Pflicht zur Geschäftsführung als juristische Person nur durch ihr Handlungsorgan erfüllen. Obwohl sie damit zur Erfüllung dieser Pflicht notwendig einen Geschäftsführer bestellen muß, so liegt hierin gleichwohl nicht eine Vorbereitungsmaßnahme zur Geschäftsführung der Personengesellschaft, die mittelbar deren Gesellschaftszweck dient. Denn durch die Bestellung des Geschäftsführers schafft die GmbH erst die Voraussetzung, die Geschäftsführung als Komplementärin ausüben zu können. Hierdurch erlangt sie die Fähigkeit, gestaltend am Rechtsleben teilzunehmen und gewinnt ihre Handlungsfähigkeit, ohne die sie die Komplementärfunktion nicht ausüben kann. Die Schaffung der persönlichen Voraussetzung zur Übernahme der Geschäftsführungstätigkeit fällt aber in den eigenen Pflichtenkreis des Gesellschafters und be-

73) Hueck, S.116; Fischer, aaO.; RGZ 162, S.370, 374.

74) vgl. z.B. Hueck, S.116.

75) siehe dazu Westermann, Hdb., Rz.161.

berührt nicht die Geschäftsführung der Gesellschaft. Dies wird durch einen Vergleich mit der natürlichen Person deutlich: Ist als Voraussetzung zur Geschäftsführung etwa vereinbart, daß der Gesellschafter die Bilanzbuchhalterprüfung ablegen muß, so ist die hierauf gerichtete Tätigkeit keine Geschäftsführungsmaßnahme für die Gesellschaft, weil die Prüfung nicht im organisatorischen Gefüge der Gesellschaft und damit nicht im Rahmen des Gesellschaftszwecks abgelegt wird, sondern eine persönliche Verpflichtung des jeweiligen Gesellschafters darstellt.

Schließlich muß die allgemeine Definition, nach der jede -auch mittelbar- auf den Betrieb des Handelsgewerbes der Gesellschaft gerichtete Tätigkeit als Geschäftsführung gilt⁷⁶⁾, eingeschränkt werden: Diese Zweckrichtung kann nur angenommen werden, wenn die Tätigkeit, die sich im Innenverhältnis als Geschäftsführungsmaßnahme darstellen soll, gleichzeitig im Außenverhältnis eine Vertretungshandlung ist, sofern die Maßnahme Außenwirkung erlangt⁷⁷⁾. Der Akt der Bestellung

76) vgl. Fn.72).

77) vgl. zur Unterscheidung Geschäftsführung - Vertretung Hueck, S.117, ferner besonders deutlich Gogos, S.16. Es wird nicht verkannt, daß eine Geschäftsführungsmaßnahme nicht gleichzeitig eine Vertretungshandlung sein muß. Hat eine Handlung jedoch Vertretungsqualität, weil sie Rechtsbeziehungen zu Dritten schafft, so kann sie nur dann zur Geschäftsführung gerechnet werden, wenn sie die Rechtsbeziehungen zur Personalgesellschaft begründet, es sei denn, die Personalgesellschaft handelt in Vertretung eines Dritten.

zum Geschäftsführer bewirkt Rechtsbeziehungen jedoch nur zur GmbH, weil nur sie als juristische Person die notwendigen Organisationsbestimmungen aufweist, aus denen sich die Stellung und Funktion eines Organs ergibt. Auch der mit der Bestellung zum Geschäftsführer im Zusammenhang zu sehende Dienstvertrag berechtigt und verpflichtet die Personengesellschaft nicht. Gerade derartige unmittelbare Vertragsbeziehungen zwischen dem Geschäftsführer und der Personengesellschaft werden einhellig abgelehnt⁷⁸⁾, weil der Geschäftsführer nur zur GmbH in eine vertragliche Bindung tritt. Auch wenn der abweichenden Meinung Cahns⁷⁹⁾ gefolgt wird, der den Geschäftsführervertrag als Vertrag "zugunsten und zu Lasten" Dritter auffaßt, ergibt sich kein anderes Ergebnis: Denn die Konstruktion eines Vertrages zu Lasten Dritter ist heute unstreitig nicht zulässig⁸⁰⁾, so daß nur der Vertrag zugunsten Dritter von Cahns These aufrechterhalten werden könnte⁸¹⁾: Danach wäre die Personengesellschaft Drittberechtigte aus dem zwischen der GmbH und dem Geschäftsführer geschlossenen Vertrag. Die Personengesellschaft wäre dann berechtigt, die Dienste des Geschäftsführers in Anspruch zu nehmen. Diese Berechtigung bedeutet jedoch nicht, daß die Perso-

78) so die ganz h.M.: vgl. BGH, DB 1970, S.389, 390; WM 1956, S.61, 63; Hesselmann, S.77; Peter, S.300; Müller, GmbHRdsch. 1972, S.18 f.; Sudhoff, GmbH & Co., S.194.

79) Cahn, S.22.

80) vgl. z.B. Palandt-Heinrichs, Einf. vor § 328, Anm. 5 a.

81) so Müller, aaO., S.18, der im Ergebnis auch einen Vertrag zugunsten Dritter ablehnt.

nengesellschaft als Dritte beim Abschluß des Dienstvertrages vertreten wird. Die Konstruktion des Vertrages zugunsten Dritter beruht gerade darauf, daß der Dritte an dem rechtsgeschäftlichen Entstehungstatbestand nicht beteiligt ist, sondern lediglich als Zuwendungsempfänger an der Vertragsleistung beteiligt ist⁸²⁾. Erst bei der Realisierung der Gläubigerposition wird der Dritte rechtsgeschäftlich tätig.

Ebenso folgt auch aus der Auffassung Reinfelds⁸³⁾, der den Dienstvertrag zwischen der GmbH und dem Geschäftsführer als Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter qualifiziert, kein Argument dafür, daß der Dienstvertrag in den Vertretungs- und damit Geschäftsführungsbereich der Personengesellschaft fällt. Das Institut des Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter bewirkt nur, daß für Schadensersatzansprüche eine vertragliche Grundlage geschaffen wird. Daraus folgt aber nicht, daß der geschützte Dritte durch eigenes rechtsgeschäftliches Handeln am Vertragsschluß beteiligt ist⁸⁴⁾. Vielmehr werden die dem Gläubiger gegenüber bestehenden Schutzpflichten auf Dritte ausgedehnt.

Auch unter Heranziehung dieses Aspekts, nämlich der Wechselbeziehung von Geschäftsführungs- und Vertretungsmaßnahme, muß die Ausgangsthese Barths abge-

82) vgl. Staudinger-Kaduk, § 328, Rn.2.

83) S.109, kritisch hierzu Hesselmann, S.80, Fn.276.

84) vgl. Esser, S.398.

lehnt werden, der offenbar die Bestellung des Geschäftsführers als Geschäftsführungsmaßnahme der Personengesellschaft auffaßt. Entgegen Barth ist für die Anwendung der §§ 116, 164 HGB bei der Geschäftsführerbestellung kein Raum.

VIII) Der Abschluß des Dienstvertrages des Geschäftsführers mit der Personengesellschaft als Sonderfall vertraglicher Gestaltung

Entgegen der typischen Fallgestaltung kann der Dienstvertrag mit dem Geschäftsführer nicht zwischen diesem und der GmbH, sondern mit der Personengesellschaft geschlossen werden⁸⁵⁾. Der wirtschaftliche Grund hierfür liegt darin, daß die Personengesellschaft zur Zahlung des Geschäftsführergehalts verpflichtet werden soll, wobei steuerliche Gesichtspunkte entscheidend sein können⁸⁶⁾. Auch kann der Geschäftsführer Wert darauf legen, von der Personengesellschaft ausschließlich oder zusätzlich⁸⁷⁾ sein Gehalt zu erhalten. Dies ist etwa dann von Bedeutung, wenn die Personengesellschaft über ein größeres Vermögen verfügt als die GmbH, so daß für den Geschäftsführer im Falle des Konkurses der Personengesellschaft und der

85) vgl. Hesselmann, S.78; ders., Aktuelle Probleme, S.80; Brönner-Bünz, S.107; Sudhoff, Geschäftsführer, S.88; Herschel, DB 1967, S.2202, 2204; Müller, GmbHRdsch. 1972, S.18, 19; Peter, S.342; BGH, DB 1970, S.389, 390; vgl. auch Ganßmüller, S.45; es kann dahingestellt bleiben, ob eine solche Regelung in der Praxis angemessen ist oder ob die Personengesellschaft besser im Innenverhältnis der GmbH zusichert, die Geschäftsführerbezüge zu übernehmen, vgl. dazu Hesselmann, S.88; Brönner-Bünz, aaO.; Krollmann, S.73; Bericht in Aktuelle Probleme, S.89 f.

86) vgl. Hesselmann, S.131 ff.

87) Der Geschäftsführer kann damit sowohl mit der GmbH als auch mit der Personengesellschaft einen Dienstvertrag abschließen.

GmbH eine bessere oder sogar doppelte Gläubigerposition geschaffen werden soll⁸⁸⁾.

Eine solche Gestaltung bedarf einer Vereinbarung im Vertrag der Personengesellschaft oder sonstigen Vertragsregelung zwischen der GmbH und der Personengesellschaft⁸⁹⁾. Durch diese Vereinbarung wird der GmbH die Berechtigung gegeben, eine nach den gesetzlichen Vorschriften nicht zur Geschäftsführung der Personengesellschaft gehörende Maßnahme in deren Namen durchzuführen. Der Gegenstand der Geschäftsführung wird damit vertraglich erweitert⁹⁰⁾, so daß der Abschluß des Dienstvertrages mit dem Geschäftsführer der GmbH zum Zweck der Personengesellschaft gehört⁹¹⁾. Ein derartiger zwischen der Personengesellschaft und dem Ge-

88) vgl. Sudhoff, Geschäftsführer, S.88; Hesselmann, Aktuelle Probleme, S.80.

89) Schließt die GmbH als Komplementärin den Dienstvertrag mit dem Geschäftsführer im Namen der KG ab, ohne daß hierfür eine vertragliche Vereinbarung vorliegt, so ist der Vertrag wegen § 125 HGB gleichwohl wirksam. Lediglich im Innenverhältnis überschreitet die GmbH ihre Geschäftsführungsbefugnis und löst dadurch Schadensersatzpflichten aus.

90) Eine vertragliche Erweiterung der Geschäftsführungsbefugnis ist zulässig, vgl. Hueck, S.116.

91) Diese Gestaltung ist mit derjenigen vergleichbar, wenn einer natürlichen Person im Gesellschaftsvertrag das Recht eingeräumt wird, zur Erfüllung ihrer Geschäftsführungspflichten eine Hilfskraft heranzuziehen und den Dienstvertrag mit dieser Hilfskraft namens der Gesellschaft abzuschließen, vgl. dazu Westermann, Hdb., Rz.177; Fischer in Großkomm. HGB § 114, Anm.6, 9.

geschäftsführer der GmbH geschlossener Dienstvertrag ist als Vertrag zugunsten Dritter zu beurteilen, wobei der Geschäftsführer verpflichtet wird, seine Dienste der GmbH als deren Handlungsorgan zu erbringen⁹²⁾. Denn durch einen solchen

92) vgl. zur Zulässigkeit eines Vertrages zugunsten Dritter beim Abschluß des Dienstvertrages mit dem Geschäftsführer einer GmbH BGH, GmbHRdsch. 1965, S.194 f.; zustimmend Baumbach-Hueck, Anh. zu § 35, Anm.1; zurückhaltend Winter, GmbHRdsch. 1965, S.195 f.; ablehnend Teichmann, S.197. Teichmann lehnt die Figur des Dienstvertrages zugunsten Dritter beim GmbH-Geschäftsführer ausgehend von seiner -der h.M. widersprechenden- These (vgl. S.196) ab, daß ein Dritter nicht berechtigt sein dürfe, den Geschäftsführer für die GmbH zu bestellen. Denn einem gesellschaftsfremden Dritten dürfe ein solch starker Einfluß auf die juristische Person nicht zugestanden werden. Das Recht, den Geschäftsführer zu bestellen, bedeute nämlich einen "erheblichen Steuerungsfaktor" in der GmbH. Sei somit die Bestellung durch einen Dritten nicht zulässig, so dürfe ein Dritter auch nicht den Anstellungsvertrag mit dem Geschäftsführer schließen. Denn dies geschähe nur aus eigenem wirtschaftlichem Interesse des Dritten zu dem Zweck, auf die Gesellschaft Einfluß zu gewinnen oder zu verstärken. Gerade diese Argumentation Teichmanns überzeugt im Fall der GmbH & Co. jedoch nicht. Durch die Stellung als Komplementärin einer KG ist die GmbH in eine gesellschaftsrechtliche Bindung mit anderen Personen geraten, so daß ein wirtschaftlicher Einfluß dieser anderen Personen wegen der gesellschaftsrechtlichen Bindung sachlich berechtigt sein kann. Außerdem ist die GmbH als Komplementärin der KG wiederum am Dienstvertrag mit dem Geschäftsführer beteiligt, so daß ein ausschließlicher Fremdeinfluß nicht erfolgt. Schließlich wird durch den Dienstvertrag mit der KG nicht das Weisungsrecht der GmbH-Gesellschafterversammlung gegenüber dem Geschäftsführer beseitigt. Das Direktionsrecht verbleibt damit letztlich der GmbH. Der wirtschaftliche Grund des Vertragsschlusses zwischen der KG und dem Geschäftsführer liegt

Vertrag wird der Geschäftsführer nicht zum Organ⁹³⁾ der Personengesellschaft, an seiner Stellung als "mittelbarer Geschäftsführer"⁹⁴⁾ der GmbH & Co. ändert sich nichts. Die GmbH, handelnd durch ihren Geschäftsführer, nimmt weiterhin die Funktion des Komplementärs wahr⁹⁵⁾.

auch nur darin, die KG zur Zahlung der Geschäftsführerbezüge zu verpflichten bzw. unmittelbare Vertragsbeziehungen zwischen dem Geschäftsführer und der KG entstehen zu lassen. Letzteres kann bei der Frage der Schadensersatzansprüche der KG gegen den Geschäftsführer Bedeutung erlangen, vgl. dazu Hesselmann, S.79 ff.; Müller GmbHRdsch. 1972, S.18 ff.; Herschel, DB 1967, S.2202 ff.; ders., Gedächtnisschrift für Rudolf Schmidt, S.329 ff.

93) Dies folgt schon aus dem Prinzip der Selbstorganschaft, vgl. S.2, Fn.5.

94) vgl. Hesselmann, S.74.

95) Die Tatsache, daß die GmbH als Gesellschafterin der KG selbst wieder an diesem Dienstvertrag zugunsten Dritter als Zuwendender beteiligt ist, schadet nicht, weil zwischen ihr als drittberechtigter Leistungsempfängerin einerseits und als Gesamthänderin der zuwendenden Gesellschaft formal keine Personenidentität besteht. Unerheblich ist ferner, daß die GmbH als Komplementärin der KG diese beim Abschluß des Dienstvertrages mit dem Geschäftsführer vertritt. Denn als Drittberechtigte ist sie am Abschluß des Dienstvertrages rechtsgeschäftlich nicht beteiligt. Außerdem ist ihr durch die Regelung im Gesellschaftsvertrag gestattet, den Vertrag mit ihrem Geschäftsführer namens der KG zu schließen. Probleme um § 181 BGB entstehen damit nicht. Sind andere Vertreter der GmbH, die als Komplementärin für die KG handelt, nicht vorhanden, so wird die GmbH beim Abschluß des Dienstvertrages von der Gesellschafterversammlung vertreten. Zwar erfaßt die in § 46 Nr.5 GmbHG geregelte Zuständigkeit der Gesellschafterversammlung ihrem Wortlaut nach nur die Bestellung,

Wird nun auf Grund einer vertraglichen Regelung zwischen den Gesellschaftern der Geschäftsführervertrag mit der Personengesellschaft geschlossen, so handelt es sich hierbei um eine Maßnahme, die in den Bereich der Geschäftsführungsbefugnis fällt. Damit kann die Komplementär-GmbH grundsätzlich an ein Zustimmungsrecht der übrigen Gesellschafter nach den §§ 116, 164 HGB gebunden sein, sofern der Dienstvertrag eine außergewöhnliche Geschäftsführungsmaßnahme darstellt.

Eine solche außergewöhnliche Handlung ist dann anzunehmen, wenn sie wegen ihrer Bedeutung für die Gesellschaft im Vergleich mit den übrigen Geschäftsführungsmaßnahmen Ausnahmecharakter hat. Ob die Handlung über den Rahmen des gewöhnlichen Geschäftsbetriebs hinausgeht, ist nach ihrem Inhalt und Zweck sowie nach dem mit ihr verbundenen Risiko zu beurteilen⁹⁶⁾. Dabei kommt es auf die individuelle Sachlage bei der Gesellschaft an, so daß nur an Hand der besonderen Verhältnisse der jeweiligen Gesellschaft entschieden werden kann, ob eine außergewöhnliche Maßnahme vorliegt⁹⁷⁾.

jedoch entnimmt die ganz h.M. dieser Vorschrift auch das Recht zur Vertretung beim Abschluß des Dienstvertrages, sofern andere Geschäftsführer oder Vertreter fehlen (vgl. Baumbach-Hueck, § 46, Anm.6; Scholz, § 35, Anm.10; Hachenburg-Schilling, § 35, Anm.40; BGH, DB 1969, S.213, DB 1968, S.847, BGHZ 18, S.205, 211; ferner ausdrücklich für den Fall der GmbH & Co. BGH, DB 1970, S.389, 390).

96) vgl. BGH, LM Nr.1 zu § 116 HGB.

97) vgl. Hueck, S.121; RGZ 158, S.302, 308.

Da im Gesellschaftsvertrag ausdrücklich vereinbart ist, daß der Dienstvertrag des GmbH-Geschäftsführers mit der Personengesellschaft zu schließen ist, muß grundsätzlich davon ausgegangen werden, daß eine Maßnahme vorliegt, die zum gewöhnlichen Betrieb der Gesellschaft gehört. Allein die Tatsache, daß abweichend von der gesetzlichen Regelung der Geschäftsführervertrag mit der KG geschlossen wird, führt nicht dazu, eo ipso stets ein außergewöhnliches Geschäft anzunehmen.

Damit ist aber nicht festgelegt, daß der Dienstvertrag in jedem Fall ein gewöhnliches Geschäft darstellt und demgemäß die GmbH für berechtigt angesehen wird, einen Dienstvertrag mit jedweden Inhalt abzuschließen. Nur wenn vertraglich ausdrücklich vereinbart ist, daß die GmbH in der Festsetzung des Inhalts des Geschäftsführervertrages vollkommen frei sein soll, ist jeder Dienstvertrag als gewöhnliches Geschäft aufzufassen. Diese Vereinbarung kann sich auch durch Auslegung ergeben. Jedoch wird eine solche Gestaltung gerade bei einer GmbH & Co. KG⁹⁸⁾ der bei weitem überwiegende Ausnahmefall sein, der seine Parallele in dem ebenso seltenen Fall findet, bei dem unter natürlichen Personen als Gesellschafter jegliche Beschränkung in der Geschäftsführungsbefugnis aufgehoben und die dispositiven Regelungen der §§ 116, 164 HGB abbedungen wird. Regelmäßig ist daher bei der GmbH & Co. KG davon auszugehen, daß der Dienstvertrag des Geschäftsführers der Beurteilung nach dem § 164 HGB unterliegt.

98) vgl. zum Begriff oben II), S.5.

Für die Frage, ob der Geschäftsführervertrag als außergewöhnliches Geschäft zu qualifizieren ist, muß auf dessen Ausgestaltung im Einzelfall unter Berücksichtigung früherer Anstellungsverträge abgestellt werden. Handelt es sich um den ersten Geschäftsführervertrag, so ist der zu erwartende Geschäftsumfang maßgeblich, wobei die Branchenüblichkeit des Vertrages als zusätzlicher Maßstab zu werten ist⁹⁹⁾. Ein ungewöhnliches Geschäft kann insbesondere vorliegen, wenn die Anstellungsdauer besonders lang ist, etwa bei einer Anstellung auf Lebenszeit¹⁰⁰⁾, oder wenn die Kündigung besonders erschwert ist. Ferner ist ein ungewöhnliches Geschäft dann zu bejahen, wenn das Gehalt als außergewöhnlich hoch zu bezeichnen ist oder wenn unübliche Tantiemen vereinbart werden. Schließlich kann auch eine unübliche Pensionsvereinbarung den Vertrag als außergewöhnlich erscheinen lassen, so z.B. wenn Pensionsvereinbarungen bislang noch nicht getroffen wurden und Rückstellungen hierfür bilanzmäßig nicht ausgewiesen und nach der Geschäftslage auch in Zukunft nicht möglich sind, wenn der Geschäftsführer noch nicht Leistungen erbracht hat, die üblicherweise einer Pensionszusage vorausgehen, oder wenn die Pensionsvereinbarung im Hinblick auf die Dauer der Geschäfts-

99) vgl. dazu Flechtheim in Düringer-Hachenburg, § 116, Anm.2; Hueck, S.122.

100) Bei Anstellung auf Lebenszeit entsteht nur zugunsten des Dienstverpflichteten ein vorzeitiges Kündigungsrecht, vgl. § 624 BGB, ferner Schaub, S.119.

führertätigkeit unangemessen ist¹⁰¹⁾). Dagegen ist für die Beurteilung nicht maßgeblich, welchen Beschränkungen der Geschäftsführer in seiner Tätigkeit im Innenverhältnis zur GmbH unterworfen ist. Denn hier handelt es sich um vertragliche Regelungsmodalitäten, die ohnehin der Bestimmung durch die Personengesellschafter entzogen sind.

Bedarf nun der Anstellungsvertrag nach den §§ 116, 164 HGB der Zustimmung der übrigen Gesellschafter, so stellt sich das Problem, ob diese Zustimmungsbedürftigkeit des Dienstvertrages unmittelbare Auswirkungen auf die Bestellung des Geschäftsführers zeigt.

Bevor auf die rechtlichen Auswirkungen eingegangen wird, soll zunächst einmal untersucht werden, inwieweit aus der Zustimmungsbedürftigkeit des Dienstvertrages aus wirtschaftlichen Erwägungen heraus Bindungen im tatsächlichen Bereich entstehen. Ist sich die Gesellschafterversammlung der GmbH bewußt, daß der namens der KG abzuschließende Dienstvertrag der Zustimmung der übrigen Gesellschafter bedarf, so wird sie die Bestellung nicht vornehmen, solange nicht die Zustimmung zum Dienstvertrag gewiß ist. Zwar sind nach der von der ganz h.M. vertretenen Trennungstheorie¹⁰²⁾ die Bestellung und

101) vgl. zum außergewöhnlichen Geschäft bei Anstellungsverträgen Fischer in GroBkomm. HGB, § 116, Anm. 2 a; Schilling, ebenda, § 164, Anm. 6; Flechtheim, aaO., sowie § 164, Anm. 4; Hueck, S. 121; Westermann, Hdb., Rz. 874.

102) vgl. Scholz, § 35, Rn. 10; Baumbach-Hueck, Anh. zu § 35, Anm. 1; BGH, LM Nr. 3 zu § 46 GmbHG, WM 1968, S. 570; WM 1969, S. 158; vgl. ferner § 67 Abs. 4 RefE zum GmbHG, wo übereinstimmend mit § 84 AktG die Trennung auch im Gesetzestext deutlich wird; a.A. Hachenburg-Schilling, § 35, Anm. 40.

Anstellung des Geschäftsführers voneinander unabhängige und scharf zu trennende Akte, so daß eine Bestellung auch ohne Dienstvertrag wirksam ist. Jedoch ist eine Bestellung ohne Regelung der Dienstbezüge und der Anstellungsdauer in der Praxis nicht denkbar¹⁰³⁾. Insoweit wirkt sich die Zustimmungsbedürftigkeit des Dienstvertrages faktisch als Zustimmungsbedürftigkeit der Bestellung aus. In diesem Fall erwächst damit den übrigen Gesellschaftern mittelbar die Möglichkeit, den Geschäftsführer der GmbH auszuwählen, denn sie werden dem Dienstvertrag nur dann zustimmen, wenn die Person des Geschäftsführers ihre Billigung findet¹⁰⁴⁾.

Neben dieser Bindung im tatsächlichen Bereich ist nun aber die Kernfrage zu entscheiden, ob im Gesellschaftsinnenverhältnis die Zustimmungsbedürftigkeit des Anstellungsvertrages auch eine Zustimmung zur Bestellung ergibt. Die Trennung von Anstellung und Bestellung spricht nicht zwingend gegen eine solche Erweiterung der Zustimmungsbedürftigkeit: Die Trennungstheorie bleibt dogmatisch unbehelligt, weil weiterhin beide Akte nicht zusammengefaßt werden. Es stellt sich nur das Problem, ob eine Zustimmungspflicht, die aus außerhalb des GmbH-Rechts liegenden Umständen folgt, sich intern auf den Akt der Bestellung erstreckt.

103) vgl. Hachenburg-Schilling, aaO., der hier ein gewichtiges Argument für die von ihm vertretene Einheitstheorie erblickt.

104) Insoweit ist Teichmann, S.196 f., zuzustimmen, wenn er den Einfluß auf die Be- und Anstellung des Geschäftsführers einen "erheblichen Steuerungsfaktor" nennt.

Dabei muß unerheblich sein, daß die Parteien in die gesellschaftsvertragliche Regelung nur den Dienstvertrag aufgenommen haben und sich hieraus unmittelbar eine Regelung der Bestellung nicht ergibt¹⁰⁵⁾. Gerade weil insoweit eine Regelung fehlt, wird das Problem aktuell, ob aus dem Zustimmungsrecht zum Abschluß des Anstellungsvertrages Rückschlüsse auf die Bestellung gezogen werden können.

So sehr man auch wegen der wirtschaftlichen Verflochtenheit von Anstellung und Bestellung ge-

105) Ein ähnliches Problem ergibt sich bei der Erteilung der Prokura, wenn der der Prokura zugrundeliegende Dienstvertrag nach den §§ 116, 164 HGB zustimmungsbedürftig ist. Während im Rahmen des § 164 HGB im Hinblick auf Satz 2 dieser Vorschrift einhellig angenommen wird, daß die Zustimmungsbedürftigkeit des Dienstvertrages keinen Einfluß auf die Erteilung der Prokura hat (vgl. Schlegelberger-Geßler, § 164, Rn.4; Schilling in Großkomm. HGB, § 164, Anm.6; Flechtheim in Düringer-Hachenburg, § 164, Anm.4; Westermann, Hdb., Rz.874), sind die Auffassungen zu § 116 HGB differenziert: Zum Teil wird eine Zustimmung für erforderlich gehalten, wenn die Erteilung der Prokura und der Abschluß des Dienstvertrages in einem einheitlichen Akt erfolgen (Hueck, S.122, Fn. 21; Weipert in HGB-RGRK, § 116, Anm.10; Fischer in Großkomm. HGB, § 116, Anm.10) bzw. im Anstellungsvertrag die Erteilung der Prokura versprochen wird (Hueck, aaO.). Noch weitergehend wird angenommen, Anstellung und Ernennung zum Prokuristen seien als wirtschaftliche Einheit als ganzes nach § 116 Abs.2 HGB zu beurteilen (Westermann, Hdb., Rz.166). Demgegenüber wird andererseits § 116 Abs.2 HGB ausdrücklich nur auf das Dienstverhältnis bezogen und die Erteilung der Prokura stets als zustimmungsfrei angesehen (Flechtheim in Düringer-Hachenburg, § 116, Anm.4).

neigt sein könnte, nach konstruktiven Möglichkeiten zu suchen, um auch die Bestellung des Geschäftsführers im Falle der Qualifikation des Anstellungsvertrages als außergewöhnliche Geschäftsführungsmaßnahme an die Mitwirkung der übrigen Gesellschafter zu koppeln, so scheidet ein Zustimmungsrecht der übrigen Gesellschafter aus dogmatischen Erwägungen aus: Nach § 46 Nr.5 GmbHG obliegt die Bestellung des Geschäftsführers der Gesellschafterversammlung. Zwar ist nach § 45 Abs.2 GmbHG diese Vorschrift dispositiv¹⁰⁶⁾, so daß die Bestellung auch einem außenstehenden Dritten ("Kreationsorgan") übertragen¹⁰⁷⁾ und damit auch von dessen Zustimmung abhängig gemacht werden kann¹⁰⁸⁾. Jedoch ist hierzu eine Regelung in der Satzung der GmbH unabdingbar erforderlich, vgl. § 45 Abs.2 GmbHG¹⁰⁹⁾. Das in § 46 Nr.5 GmbHG festgelegte Recht der GmbH-Gesellschafter, den Geschäftsführer zu bestellen, kann nicht durch einen schuldrechtlichen Gesellschaftsvertrag ausgeschaltet werden. Aus dem Recht der Personalgesellschaft ergibt sich folglich kein Einfluß auf Bestimmungen

106) vgl. etwa Scholz, § 45, Rn.1.

107) siehe dazu Scholz, § 46, Rn.6 und § 6, Rn.6; Hachenburg-Schmidt, § 46, Anm.21 a; Hachenburg-Schilling, § 35, Anm.42 b; Baumbach-Hueck, § 6 Anm. 3 A c; Feine, S.474 f.; KG, JW 1926, S.598 mit Anm. Fischer; vgl. auch RefE §§ 65, 67, der diese Regelung in das Gesetz übernimmt; a.A. Brodmann, § 46, Anm. 6 b; Teichmann, S.191 ff., 197.

108) Denn eine Zustimmungsbedürftigkeit stellt gegenüber der Übertragung ein Weniger dar.

109) siehe dazu Hachenburg-Schmidt, § 45, Anm.50.

des GmbH-Rechts, die nur im Statut der GmbH vom Gesetz abweichend ausgestaltet werden können.

Der Auffassung Barths¹¹⁰⁾, nach dem der GmbH-Geschäftsführer im Benehmen mit den Kommanditisten bestellt werden muß, ist im Ergebnis selbst in dem Sonderfall nicht zu folgen, bei dem die Anstellung des Geschäftsführers als Geschäftsführungsmaßnahme der KG erfolgt und der Anstellungsvertrag eine außergewöhnliche Geschäftsführungsmaßnahme darstellt.

110) vgl. dazu oben S.29.

IX) Die Begründung der h.M. durch Vergleiche der
GmbH & Co. mit der ausschließlich von natür-
lichen Personen gebildeten Personengesellschaft

Das Ergebnis der h.M., daß bei der Bestellung des Geschäftsführers der Komplementär-GmbH eine rein interne Maßnahme der GmbH vorliege, wird mit verschiedenen Gesichtspunkten gerechtfertigt. Einmal werden die möglichen Auswirkungen eines Geschäftsführerwechsels aus tatsächlichen Gründen ähnlichen denkbaren Veränderungen bei der natürlichen Person gleichgestellt. Zum anderen wird aus -im Recht der Personalgesellschaft zulässigen- Vertragsvereinbarungen gefolgert, daß die Bestellung bzw. Auswechslung des Geschäftsführers als interne Angelegenheit der GmbH nichts Außergewöhnliches darstelle.

1) Die Gleichstellung der juristischen Person & Co.
mit der aus natürlichen Personen gebildeten Per-
sonengesellschaft aus tatsächlichen Gründen

Die Tatsache, daß der Geschäftsführer der GmbH von den GmbH-Gesellschaftern bestellt und damit ausgewählt wird, ohne daß die übrigen Gesellschafter hierauf in irgendeiner Form Einfluß nehmen können und sich mit der Person des Geschäftsführers abfinden müssen, war neben vielen anderen und gewichtigen Argumenten¹¹¹⁾ ein Punkt, der zu Bedenken gegen

111) vgl. die Darstellung bei Hesselmann, S.7 ff.

die handelsrechtliche Zulässigkeit der GmbH & Co. Anlaß gab.

Grundsätzlich wurde anerkannt, daß durch den Wechsel des Geschäftsführers die Leistungsfähigkeit der Komplementär-GmbH für die Personengesellschaft beeinträchtigt werden könne, so etwa wenn der erfahrene und umsichtige Geschäftsführer durch den unfähigen und verständnislosen ersetzt werde. Dies freilich sei nicht in höherem Maße der Fall, als wenn eine natürliche Person als Mitglied einer Personengesellschaft in ihrer Arbeitskraft nachlasse¹¹²⁾.

Dieser Einwand ist im Grunde richtig, jedoch wird folgendes verkannt: Die Mitgesellschafter sind nicht dagegen geschützt, daß ein geschäftsführender Gesellschafter die erwartete oder ausdrücklich vereinbarte Arbeitsleistung nicht mehr erbringt, wenn er erkrankt oder aus anderen Gründen seine Arbeitskraft nachläßt. Dieser Wechsel von Umständen in der Arbeitskraft und Arbeitsqualität ist das allgemeine Risiko, das immer dann eingegangen wird, wenn sich mehrere Personen unter Einsatz ihrer persönlichen Arbeitskraft zur Erreichung eines gemeinsamen Zwecks zusammenschließen. Das Gesetz hat im Recht der Personengesellschaften durch die Institute nach den §§ 117, 127, 140 HGB diesem Umstand Rechnung getragen, indem bei Vorliegen besonderer Voraussetzungen in die gesellschaftsrechtliche Position des

112) vgl. Scheuing, S.35.

nicht mehr zur ordnungsgemäßen Geschäftsführung fähigen Gesellschafters eingegriffen werden kann: Er wird entweder aus der Geschäftsführung und Vertretung verdrängt oder aus der Gesellschaft entfernt. Dagegen wird für ihn ohne Mitwirkung der übrigen Gesellschafter nicht ein Vertreter bestellt oder ein Ersatzgesellschafter aufgenommen. Eine Auswechslung wird aber im Ergebnis vorgenommen, wenn die Arbeitskraft des vorhandenen Geschäftsführers nachläßt: Er wird abberufen, ein neuer -den übrigen Gesellschaftern möglicherweise ungenehmer- Geschäftsführer wird bestellt. Ergibt sich die Verschlechterung der Geschäftsführerqualität aus Anlaß des Geschäftsführerwechsels, so realisiert sich hier nicht das bei persönlicher Zusammenarbeit stets gegebene Risiko der Veränderung der Arbeitsqualität, sondern ein Gesellschafter -nämlich die juristische Person- ist durch die Möglichkeit der Auswahl des Geschäftsführers in der Lage, dieses Risiko zu steuern. Diese der GmbH zustehende Steuerungsmöglichkeit zeigt, daß der Austausch des Geschäftsführers keine Parallele dazu darstellt, daß die Arbeitskraft eines Gesellschafters wegen Krankheit oder Alters nachläßt.

Nicht überzeugend ist auch die Argumentation, den Wechsel der Organpersonen in seiner praktischen Bedeutung herunterzuspielen: Die langjährige Arbeitskraft einzelner Personen, wie sie bei den Personengesellschaften typisch sei, fehle keineswegs bei der juristischen Person. Denn die Geschäftsführer wechselten in der Regel ebenso so selten wie der Vorstand einer Aktiengesell-

schaft¹¹³⁾. Die Anstellungsverträge seien meist langjährig, vielfach erfolge sogar eine Anstellung auf Lebenszeit. Die Abberufung wegen eines geringfügigen Anlasses sei daher die seltene Ausnahme, zumal dann die Zahlung einer erheblichen Entschädigungssumme die Folge sei¹¹⁴⁾. Gerade auf der Person des Leiters der juristischen Person beruhe häufig stärker das Ansehen vieler Gesellschaften als auf der Höhe ihres Gesellschaftskapitals. Wegen ihrer in der Regel langen Amtsdauer seien die Organe mit dem Geschäft der Personengesellschaft ebenso verwachsen wie die Gesellschafter, die natürliche Personen sind. Die juristische Person verfüge außerdem zumeist über mehrere Organpersonen, die nicht gleichzeitig ausgewechselt werden, so daß dadurch eine gewisse Tradition entstehe, die der Personengesellschaft oft fehle¹¹⁵⁾. Folglich sei gerade die Persönlichkeit des Organs der juristischen Person ausschlaggebend dafür, daß die juristische Person in die Personengesellschaft aufgenommen werde¹¹⁶⁾.

Dieses letzte Argument zeigt besonders deutlich, wie sehr die angeführten Stimmen bemüht sind, das für die Personengesellschaft typische Vertrauensverhältnis und die persönliche Arbeitsleistung des Gesellschafters dadurch zu konstruieren, indem

113) Heuer, S.23 sowie S.35; Reyher, S.10; vgl. auch RGZ 105, S.101, 104 f.; auf die "Erfahrung", daß ein Wechsel des Organs nur in begrenztem Umfang statffinde, verweist auch Zielinski, S.67 f., 95.

114) Heuer, S.35 f.

115) Reyher, S.10 f.; Zielinski, S.67 f.

116) Heuer, S.23.

sie auf die Person des Geschäftsführers abstellen. Um so verwunderlicher stimmt es, wenn beim Wechsel der Organperson nicht die gleichen Gesichtspunkte herangezogen werden. Die Behauptung, ein solcher Wechsel sei selten, ändert nichts an der Tatsache, daß er stattfinden kann. Im übrigen kann diese Behauptung nicht als allgemeine Regel angesehen werden. Der Austausch des Managements findet dann statt, wenn die wirtschaftliche Situation des Unternehmens ungünstig ist. Umgekehrt kann bei einem florierenden Unternehmen, das zunächst nur einen Geschäftsführer hatte, die Notwendigkeit gegeben sein, weitere Geschäftsführer zu bestellen. Auch darf nicht lediglich der Fall ins Auge gefaßt werden, daß der Geschäftsführer abberufen wird. Vielmehr kann er von sich aus kündigen und sein Amt niederlegen. Auf diese Möglichkeit haben weder die GmbH-Gesellschafter noch die übrigen Gesellschafter einen Einfluß. Auch ein langfristiger Dienstvertrag hilft wegen des Verbots der übermäßigen Bindung¹¹⁷⁾ nicht über die Möglichkeit des Organwechsels hinweg. Außerdem wird, bevor ein langfristiger Vertrag geschlossen wird, eine Probezeit vereinbart¹¹⁸⁾, so daß zunächst die Gefahr der kurzfristigen Veränderung gegeben ist. Insgesamt muß damit gegen die oben angeführten Argumente eingewandt werden, daß die rein theoretische Möglichkeit eines seltenen Austauschs des Geschäftsführers der Komplementär-GmbH für die übrigen Gesellschafter nur einen wertlosen Trost ergibt, wenn der Geschäftsführerwechsel tatsächlich eintritt.

117) vgl. § 624 BGB.

118) siehe dazu Schönle, S.46 f.

2) Die Gleichstellung der juristischen Person und Co. mit der Personalgesellschaft natürlicher Personen unter Berücksichtigung zulässiger Vertragsvereinbarungen

Eine weitere Argumentationsskala, aus der die rechtliche Bedeutungslosigkeit des einseitig durch die Komplementär-GmbH herbeigeführten Organwechsels folgen soll, wird aus der vertraglichen Gestaltungsfreiheit abgeleitet: Bei der aus natürlichen Personen bestehenden Personengesellschaft könne nämlich vereinbart werden, daß gegen den Willen der übrigen Gesellschafter neue Gesellschafter aufgenommen oder sonst in der Geschäftsführung tätige Personen ausgetauscht werden. Der Organwechsel bei der juristischen Person stelle damit keine Besonderheit dar.

a) Die Stichhaltigkeit des Arguments der Aufnahme eines neuen Gesellschafters durch einen in der Auswahl freien Gesellschafter

Die Aufnahme eines neuen Gesellschafters durch einen Gesellschafter, der in der Auswahl des aufzunehmenden Gesellschafters vollkommen frei sei, wird als Paradebeispiel dafür angeführt, daß der Wechsel des Geschäftsführers der GmbH, ohne daß hierbei den übrigen Gesellschaftern ein Einfluß zusteht, eine durchaus übliche Erscheinung sei¹¹⁹⁾.

119) vgl. dazu Reyher, S.11; ferner Boesebeck, S.55.

Dieses auf den ersten Blick bestechende Argument erweist sich jedoch bei näherer Überprüfung als untauglich, weil zwischen der freien Aufnahme eines neuen Gesellschafters und dem Wechsel des GmbH-Geschäftsführers gewichtige Unterschiede bestehen.

Das Gesetz kennt grundsätzlich keinen Wechsel der Gesellschafter. Hierin kommt die gesetzliche Wertung zum Ausdruck, daß das Gesellschaftsverhältnis ein persönliches Vertrauensverhältnis darstellt, das an den Bestand der Gesellschafter anknüpft¹²⁰⁾. Die Aufnahme eines neuen Gesellschafters ist eine Änderung des Gesellschaftsvertrags und bedarf einer vertraglichen Vereinbarung, also eines Aufnahmevertrages zwischen allen Altgesellschaftern und dem Aufzunehmenden¹²¹⁾. Nach der gesetzlichen Regelung kann keinem Gesellschafter ein neuer aufgedrängt werden. Jedoch sind bei der Neuaufnahme Vereinfachungen möglich, wenn sie im Gesellschaftsvertrag oder in einer sonstigen vertraglichen Vereinbarung zwischen den Gesellschaftern festgelegt werden: So kann einem Gesellschafter Vollmacht zum Abschluß des Vertrages mit dem Aufzunehmenden erteilt werden¹²²⁾ oder dieser Vertrag wird nachträglich genehmigt¹²³⁾. Diese Fallgestaltungen sind im Hinblick auf die hier bedeutsame Fragestellung ebenso bedeutungslos, wie wenn einem Gesellschafter das Recht eingeräumt wird,

120) vgl. z.B. Hueck, S.388.

121) siehe dazu Schlegelberger-Geßler, § 130, Rn.6; Hueck, S.389.

122) Hueck, aaO.

123) Schlegelberger-Geßler, aaO., Rn.7.

einen bestimmten Dritten als Gesellschafter aufzunehmen¹²⁴⁾. Denn der zur Aufnahme berechtigte Gesellschafter hat kein Wahlrecht hinsichtlich der Person des Aufzunehmenden. Die Interessen der übrigen Gesellschafter können damit nicht beeinträchtigt werden.

Darüber hinaus ist es aber zulässig, über die Aufnahme durch Mehrheitsbeschluß¹²⁵⁾ zu entscheiden, sofern dies im Gesellschaftsvertrag vereinbart war, oder einem Gesellschafter die Befugnis einzuräumen, jeden von ihm auszuwählenden Dritten in die Gesellschaft aufzunehmen¹²⁶⁾. Diese Möglichkeit wird damit begründet, daß formal das Vertragsprinzip nicht verletzt sei, weil die Gesellschafter zuvor im Gesellschaftsvertrag ihre Zustimmung erteilt hätten¹²⁷⁾. Die Zulässigkeit einer solchen

124) Schlegelberger-Geßler, aaO., Rn10.

125) vgl. RGZ 92, S.163, 166; 128, S.172, 176; KG, OLGRspr. 44, S.197, 198; BGH, WM 1961, S.303, 305; Hueck, S.390; ders., Festschrift für Heymann, S.700,725 f.; ders., ZHR 83, S.1, 30 f.; Schlegelberger-Geßler, § 130, Rn.12 ff.; Fischer in Großkomm. HGB, § 130, Anm.6; Weipert in HGB-RGRK, § 109, Anm.7 sowie § 130, Anm.5; Westermann, Hdb., Rz.386; Flechtheim in Düringer-Hachenburg, § 130, Anm.4; Wiedemann, S.35; Huber, S.5; a.A. Staub-Pinner, § 109, Anm.19; einschränkend auch Haupt-Reinhart, S.66, 69.

126) vgl. die in Fn.125) Genannten sowie RGZ 18, S.39, 44; Flechtheim in Düringer-Hachenburg, aaO., Anm.5; ablehnend ebenfalls die in Fn. 125) unter a.A. Angeführten.

127) vgl. insbesondere Hueck, S.390 f. und ZHR 83, S.30 f.; Fischer in Großkomm. HGB, § 130, Anm.6.

Vereinbarung ergäbe sich außerdem aus dem Prinzip der Vertragsfreiheit¹²⁸⁾. Denn die Gesellschafter könnten darauf verzichten, auf die Person des Neueintretenden Einfluß zu nehmen. Der Grundsatz, daß keinem Gesellschafter gegen seinen Willen ein anderer aufgedrängt werden dürfe, gelte nur zu seinem Schutz¹²⁹⁾. Er könne nämlich dem ermächtigten Gesellschafter das Vertrauen entgegenbringen, als neuen Gesellschafter nur einen geeigneten auszuwählen.

Diese Vertragsgestaltung, daß ein Gesellschafter einen anderen auswählen kann, ist grundsätzlich nicht angreifbar. Gleichwohl wird sie nicht als Parallele dafür herangezogen werden können, daß auch die freie Auswahl des GmbH-Geschäftsführers durch die GmbH-Gesellschafter in keinem Fall den Interessen der übrigen Gesellschafter zuwider laufen könne.

Zunächst wird die Einräumung des Rechts zur Aufnahme eines Dritten tatsächlich nur in seltenen Fällen so gestaltet sein, daß jeder beliebige Dritte aufgenommen werden darf. In der Regel werden ein bestimmter Umstand als Bedingung, ein bestimmter Personenkreis zur Auswahl (z.B. Abkömmlinge) oder bestimmte Eigenschaften (Alter, Bildung, Kenntnisse, Fähigkeiten, Kapitalvoraussetzungen, Referenzen) die Auswahl

128) Schlegelberger-GeBler, § 130, Anm.14.

129) Hueck, S.391.

weitgehend einengen¹³⁰⁾;

Sodann ist zu berücksichtigen, daß der Eintretende nach § 130 HGB die volle Haftung übernimmt und die übrigen Komplementäre verpflichten kann. Letzteres wird den zur Aufnahme Berechtigten zu besonderer Vorsicht bei der Auswahl veranlassen¹³¹⁾, ersteres sorgt dafür, daß auch der Aufzunehmende sich des Risikos bewußt wird. Im Gegensatz dazu trifft den Geschäftsführer der GmbH keine persönliche Haftung für sein Handeln, er ist lediglich unter den Voraussetzungen des § 43 GmbHG zum Schadensersatz verpflichtet. Auch die GmbH-Gesellschafter, die den Geschäftsführer auswählen, haften nicht persönlich für Gesellschaftsverbindlichkeiten, so daß die Bestellung des Geschäftsführers im Hinblick auf das Maß der Sorgfalt bei der Auswahl seiner Person nicht mit der Aufnahme eines persönlich haftenden Gesellschafters durch einen anderen persönlich haftenden verglichen werden kann. Der für die Personengesellschaft bedeutsame

130) vgl. insbesondere Westermann, Hdb., Rz.386, der sogar empfiehlt, solche Anforderungen an den Aufzunehmenden festzulegen und darüber hinaus die Nachprüfung dieser Umstände einem besonderen Organ oder Schiedsgericht zu übertragen, vgl. auch Fischer in Großkomm. HGB, § 130, Anm.6; sowie Sudhoff, Personengesellschaften, S.271 f., 444, 495 f.

131) Dies gilt auch, wenn der Aufnehmende gleichzeitig ausscheidet, vgl. zur Nachfolgeklausel Westermann, Hdb., Rz. 391 ff., denn der Ausscheidende haftet nach § 159 HGB weiterhin für Altschulden, so daß er an der zukünftigen, vom Neugesellschafter beeinflussten Vermögenslage der Gesellschaft ein elementares Interesse hat.

Grundsatz des Korrelats von Herrschaft und Haftung¹³²⁾ erfährt damit bei der Bestellung des GmbH-Geschäftsführers eine wesentliche Veränderung.

Desweiteren beruht das Aufnahmerecht eines Gesellschafters darauf, daß ihm die anderen Gesellschafter das Vertrauen entgegenbringen, den passenden Gesellschafter auszuwählen¹³³⁾. Der aufnehmende Gesellschafter ist den übrigen von seiner Persönlichkeit her bekannt, so daß sie abwägen können, ob er nur geeignete Partner aufnehmen wird. Darüber hinaus ist das Aufnahmerecht an seine Person gebunden.

Im Gegensatz hierzu entscheidet die Generalversammlung der GmbH über die Bestellung und die Auswahl der Person des Geschäftsführers. Die übrigen Gesellschafter haben auf die Zusammensetzung der GmbH-Gesellschafter keinen Einfluß¹³⁴⁾. So ist durchaus denkbar, daß sich der ursprüngliche Gesellschafterbestand der GmbH verändert, sei es durch Erbgang, durch Übertragung von Geschäftsanteilen oder durch Neuaufnahme von Gesellschaftern. Auch eine Änderung der Stimmverhältnisse ist möglich, ohne daß sich die Ge-

132) vgl. dazu Nitschke, S.217; Westermann, Vertragsfreiheit, S.154 f.; kritisch Teichmann, S.125 f.

133) Hueck, S.391.

134) Ein Wechsel der GmbH-Gesellschafter nach Übernahme der Komplementär-Stellung ist unstreitig zulässig, vgl. z.B. Baumbach-Duden § 161, Anm.6 C.

sellschafter der GmbH personell verändern. Die übrigen Gesellschafter vertrauen damit nicht nur darauf, daß die ihnen beim Abschluß des Gesellschaftsvertrages bekannten Gesellschafter einen geeigneten Geschäftsführer bestellen, sondern auch darauf, daß die jeweiligen, der Person nach unbekannten dies tun werden. Im Verhältnis zur Aufnahmeermächtigung erweist sich die Stellung der übrigen Gesellschafter als risikoreicher.

Schließlich gewährt auch die Vereinbarung über die freie Aufnahme eines Dritten durch einen Gesellschafter kein Recht, den übrigen Gesellschaftern einen Mißliebigen aufzuzwingen. Das Aufnahmerecht steht in seiner Ausübung unter dem Vorbehalt, daß nicht gegen die berechtigten Interessen der übrigen Gesellschafter verstoßen werden darf. Dieser Vorbehalt folgt aus der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht¹³⁵⁾. Die übrigen Gesellschafter können sich gegen einen unzumutbaren Gesellschafter wehren und dessen Aufnahme verhindern, wenn der Aufzunehmende nach seiner Persönlichkeit und seinen fachlichen Eigenschaften nicht in den Kreis der übrigen Gesellschafter zum Zweck einer vertrauensvollen Zusammenarbeit paßt¹³⁶⁾.

135) vgl. Westermann, Hdb., Rz.386; Weipert in HGB-RGRK, § 130, Anm.5; Fischer in Großkomm. HGB, § 130, Anm.7, Hueck, S.391; RGZ 92, S.162, 166 f.; BGH, WM 1961, S.303, 305; ferner Nitschke, S.43; Wiedemann, S.62 f.; Heymann-Kötter, § 130, Anm.1 (S.455).

136) vgl. zur praktischen Durchsetzung dieser Rechte Westermann, Fischer, Hueck, Wiedemann, jeweils aaO. (Fn.135).

Der Hauptunterschied zwischen der Ermächtigung zur Aufnahme eines beliebigen Dritten und der Bestellung des Geschäftsführers durch die Komplementär-GmbH liegt aber in folgendem: Die Aufnahmeberechtigung muß ausdrücklich vereinbart werden. Durch diese Vereinbarung wird jedem Gesellschafter deutlich, daß ein Wechsel der Gesellschafter möglich ist und daß er hierauf keinen Einfluß hat, insbesondere an der Auswahl der aufzunehmenden Person nicht beteiligt ist. Durch diesen Akt der Gestaltung des Rechtsverhältnisses, der das von den Parteien auf Grund ihrer Willenseinigung Gewollte manifestiert, entsteht eine Warnsituation, weil sich der Gesellschafter bewußt wird, daß er sich seines Rechts, über die Neuaufnahme mitzubestimmen, begibt. Im Unterschied dazu wird bei der GmbH & Co. dieser Konsens nicht ausdrücklich durch das Vertragsprinzip herbeigeführt: Durch die Aufnahme einer GmbH in eine Personengesellschaft entsteht nach h.M. die unvermeidliche Mechanik, daß ausschließlich die GmbH-Gesellschafter als "rein interne Angelegenheit" der GmbH den Geschäftsführer bestellen. Der Personengesellschafter -nicht nur der geschäftlich unerfahrene- wird beim Abschluß des Gesellschaftsvertrages zunächst nicht an die Möglichkeit eines Organwechsels denken, sondern orientiert sich hinsichtlich des Vertrauensverhältnisses an der Person des vorhandenen Geschäftsführers. Erst wenn im Gesellschaftsvertrag vereinbart würde, die Bestellung des Geschäftsführers sei als ausschließlich interne Angelegenheit der GmbH zu werten, entstünde eine der Aufnahmeermächtigung vergleichbare Situation.

Die durch freies Auswahlrecht gekennzeichnete Aufnahmeermächtigung, die in der Praxis ohnehin selten sein wird, ist lediglich ein brauchbares Instrument bei größeren Gesellschaften, bei denen ein Bedürfnis für einen formal einfachen Gesellschafterverwechsel besteht. Sie ist aber kaum denkbar bei einer KG, die nur einen Komplementär hat. Um die Parallele zur GmbH & Co. KG¹³⁷⁾ zu schaffen, müßte bei der aus natürlichen Personen bestehenden Gesellschaft vereinbart sein, daß der einzige Komplementär unter seinem gleichzeitigen Ausscheiden einen anderen persönlich haftenden Gesellschafter aufnehmen darf. Nur so vervollständigt sich das Bild, wenn der Organwechsel im Hinblick auf Vertrauen und Arbeitsinsatz dem Wechsel von Gesellschaftern gleichgestellt werden soll. Daß aber die soeben erwähnte Vertragsgestaltung weitgehend nur theoretisch sein kann, bedarf keiner Erläuterung.

b) Die Stichhaltigkeit des Arguments des Eintritts der Erben eines Gesellschafters in die Personengesellschaft

Auf der gleichen argumentativen Ebene wie der Gesellschafterverwechsel durch ein unbeschränktes Aufnahmerecht eines Gesellschafters liegt die Behauptung, daß durch Erbfolge unbekannte Personen als geschäftsführungs- und vertretungsberechtigte Gesellschafter in die Personengesellschaft gelangen können. Der Musterfall dafür, daß der Personalgesellschafter keinen Einfluß

137) vgl. zum Begriff oben II), S.5.

auf die Person des Mitgesellschafters habe, sei gerade die Fortsetzung der Gesellschaft nach § 139 HGB beim Tode eines Gesellschafters mit dessen Erben¹³⁸⁾. Als Erbe kämen sogar Personen in Betracht, die weder dem Erblasser noch den übrigen Gesellschaftern im Zeitpunkt der Gründung der Gesellschaft bekannt seien¹³⁹⁾. Der Erbe könne ferner minderjährig oder geisteskrank sein, so daß er in der Ausübung der Gesellschafterrechte durch seinen gesetzlichen Vertreter repräsentiert werde¹⁴⁰⁾. Besonders sei weiterhin zu berücksichtigen, daß bei der Aufnahme eines neuen Gesellschafters durch einen Gesellschafter dieser den Aufzunehmenden nach Befähigung und Eignung beurteile. Demgegenüber bestimme der Gesellschafter seine Erben nicht nach diesen Gesichtspunkten, sondern verteile vielfach sein Vermögen an ihm nahestehende Personen und lege seiner Entscheidung nur vermögensmäßige Interessen zugrunde¹⁴¹⁾.

Gegen dieses Argument muß zunächst das zuvor bei der Aufnahme eines Dritten durch einen Gesellschafter Angeführte¹⁴²⁾ eingewandt werden: Die Fortsetzung mit den Erben bedarf der ausdrücklichen Vereinbarung unter den Gesellschaftern. Das Gesetz geht nämlich beim Tod eines Gesellschafters davon aus, daß eine Personalgesellschaft eine unveränderte Personenzusammensetzung

138) Reyher, S.11; Fleck, S.27.

139) vgl. Reyher, aaO.

140) Fleck, aaO.; Boesebeck, S.56.

141) Boesebeck, S.55.

142) vgl. oben S.60.

voraussetzt. Beim Tod eines Gesellschafters wird daher nach § 131 Ziff.4 HGB die Gesellschaft aufgelöst. Wird nun abweichend von dieser gesetzlichen Regel nach § 139 HGB eine Vererbungsklausel vereinbart, so sehen die übrigen Gesellschafter deutlich, daß sie das Risiko, mit unbekannten Personen die Gesellschaft fortsetzen zu müssen, eingehen.

Die Gestaltung der Nachfolgeklausel wird daher äußerst differenziert sein. Sie führt zur Abwägung der Interessen des Gesellschafters, dessen Beteiligung vererblich sein soll, mit den Interessen der übrigen Gesellschafter. Deren Interessen werden dahin gehen, die nachfolgeberechtigten Personen nach Anzahl, Persönlichkeit und Qualifikation zu bestimmen¹⁴³⁾. Die Gesellschafter können dabei in ihrer Vertragsgestaltung die Auswahl des eintrittsberechtigten Erben beschränken¹⁴⁴⁾. Regelmäßig werden die Gesellschafter eine Regelung finden, die einerseits dem Erblasser die berechtigten Interessen an einer Nachfolge sichert, andererseits aber die übrigen Gesellschafter davor schützt, daß ihnen ungeeignete und unliebsame Nachfolger aufgedrängt werden¹⁴⁵⁾. Sind solche Einschränkungen vereinbart worden, so wird der Erbe nur dann Gesellschafter, wenn er die aufgestellten Voraussetzungen erfüllt. Entsteht unter

143) vgl. Westermann, Hdb., Rz.458.

144) vgl. dazu Ulmer in Großkomm. HGB, § 139, Anm. 27; Schlegelberger-Geßler, § 139, Rn.18.

145) Westermann, Hdb., Rz.463; vgl. auch Sudhoff, Personengesellschaft, S.446 ff., 498 ff.

den Gesellschaftern ein Streit darüber, ob der Erbe die vereinbarten Umstände erfüllt, und ist eine Einigung nicht zu erzielen, so löst sich die Gesellschaft auf¹⁴⁶⁾. Ferner ist es möglich, den Gesellschaftern ein Zurückweisungsrecht gegen den Erben zu geben¹⁴⁷⁾. Auch kann vereinbart werden, daß für den Erben lediglich die Pflicht besteht, auf Verlangen der übrigen Gesellschafter einzutreten¹⁴⁸⁾. Die Gesellschafter können sich dann über die Person des Erben erkundigen und ihre Entscheidung davon abhängig machen, ob er ihnen als Mitgesellschafter geeignet erscheint.

Bei der Vererbungsklausel steht somit eine breite Skala von Variationsmöglichkeiten der Vertragsgestaltung zur Verfügung. Es kann nicht davon ausgegangen werden, eine Nachfolgeklausel ohne jegliche Einschränkung stelle die Regel dar, so daß bereits deswegen der Vergleich mit der freien Auswahl des Geschäftsführers der GmbH nicht überzeugend erscheint.

Jedoch ist eine Nachfolgeklausel dergestalt, daß die Gesellschaft mit dem bzw. den Erben fortgesetzt wird, zulässig¹⁴⁹⁾. Die Gesellschafter können dann den Erben nicht zurückweisen, denn er hat qua Erbrecht die Gesellschafterstellung erlangt.

146) Schlegelberger-Geßler, § 139, Rn.19.

147) Westermann, Hdb., Rz.463.

148) Hueck, S.407.

149) vgl. statt vieler Ulmer in Großkomm. HGB, § 139, Anm.27.

Gleichwohl bestehen auch hier grundsätzliche Unterschiede zur Auswahl des Geschäftsführers der Komplementär-GmbH: Gerade die hier interessierenden Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnisse gehen nicht ohne weiteres auf den Erben über¹⁵⁰⁾. Zwar rückt der Erbe mit allen Rechten und Pflichten in die Gesellschafterstellung ein. Denn die Rechtsstellung des Erben richtet sich wie die des Erblassers nach dem Gesellschaftsvertrag. Folglich wird in der Regel der Erbe eines geschäftsführungs- und vertretungsberechtigten Gesellschafters ebenfalls zur Geschäftsführung und Vertretung befugt sein¹⁵¹⁾. Durch die Einschränkung

150) Dabei kann dahingestellt bleiben, ob die einzelnen mit dem Gesellschafteranteil verbundenen Rechte auf erbrechtlichem Weg auf den Nachfolger übergehen (vgl. dazu z.B. Schlegelberger-Geßler, § 139, Rn.21; Westermann, Hdb., Rz.474) oder ob sie in der Person des Nachfolgers auf Grund dessen Gesellschafterstellung neu entstehen (vgl. Müller, Festschrift für Wahl, S.373 ff., 397 ff. m.w.N. insbesondere zur Gegenmeinung, S.397, Fn.79; vgl. ferner Fischer, BB 1956, S.839, 840; Wiedemann, S.72 ff., 162).

151) Streitig ist, ob der Erbe die Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnisse des Erblassers auch dann erlangt, wenn nicht alle persönlich haftenden Gesellschafter hierzu berechtigt waren; die ganz h.M. bejaht dies, vgl. Schlegelberger-Geßler, § 139, Rn.22; Flechtheim in Düringer-Hachenburg, § 139, Anm.14; Baumbach-Duden, § 139, Anm.1 D; Westermann, Hdb., Rz.475; Hueck, S.408; Fischer, BB 1956, S.839, 840; Staudinger-Böhmer, § 1922, Bem.162; Lange, S.53; BGH, NJW 1959, S.192; LM Nr.2 zu § 139 HGB; RG, DR 1942, S.1057 f.; a.A. Weipert in HGB-RGRK, § 139, Anm.21; Staub-Pinner, § 139, Anm.14; Koenige, § 139, Anm.2; vgl. auch Wieland, S.688, Fn.27.

"in der Regel" zeigt sich aber, daß hier kein feststehender Grundsatz aufgestellt wird. Eine "Automatik" im Anfall der Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis ist deswegen ausgeschlossen, weil hierfür die Festsetzungen des Gesellschaftsvertrages maßgeblich sind¹⁵²⁾. War der Erblasser nur auf Grund besonderer Umstände, etwa einer speziellen Qualifikation oder Ausbildung, geschäftsführungs- und vertretungsbefugt, so stehen dem Erben diese Rechte nur zu, wenn er die gleiche Qualifikation aufweist¹⁵³⁾. Sind solche Umstände nicht ersichtlich, so unterbleibt der Übergang der Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis ebenfalls, wenn im Gesellschaftsvertrag auf andere Weise zum Ausdruck kommt, daß die Einräumung dergenannten Befugnisse nicht allein auf Grund der Gesellschaftsterstellung erfolgt, sondern daß darüber hinaus weitere Gesichtspunkte erheblich waren. Eine derartige Gestaltung kann sich ausdrücklich, stillschweigend¹⁵⁴⁾, durch Auslegung¹⁵⁵⁾, insbesondere durch ergänzende Vertragsauslegung¹⁵⁶⁾ ergeben. So kann im Gesellschaftsvertrag zum Ausdruck kommen, daß die Geschäftsführung und Vertretung nur bestimmten Gesellschaftern zustehen soll¹⁵⁷⁾. Z.B.

152) besonders deutlich Müller, Festschrift für Wahl, S.369, 375, 398. f.; Ulmer in Großkomm. HGB, § 139, Anm.62;

153) Westermann, Hdb., Rz. 475; Hueck, S.409; Ulmer in Großkomm. HGB, § 139, Anm.62 ;

154) Schlegelberger-Geßler, § 139, Rn.22;

155) Westermann, aaO.

156) Müller, aaO., S.399.

157) Schlegelberger-Geßler, § 139, Rn.22; Fischer, BB 1956, S.839, 840; Wieland, S.688; Hueck, S.409.

kann Voraussetzung hierfür sein, daß eine bestimmte Einlage in einer Mindesthöhe erbracht wurde. Nur wenn für eine solche Regelung Anhaltspunkte fehlen, ist davon auszugehen, daß das gesetzliche Normalstatut im Zweifel zur Anwendung kommt¹⁵⁸⁾. In diesem Fall ist der Erbe wie jeder andere persönlich haftende Gesellschafter geschäftsführungs- und vertretungsbefugt.

Ist danach der Fall anzunehmen, daß der Erbe als mit allen Rechten und Pflichten ausgestatteter Gesellschafter in die Gesellschaft eintritt, so erweist sich auch hier der Treuegedanke als Notbremse, von der die übrigen Gesellschafter Gebrauch machen können, falls der Erbe aus in seiner Person liegenden Gründen den übrigen Gesellschaftern unzumutbar ist. Das Recht, die Gesellschafterstellung auf den Erben zu übertragen, darf nicht mißbraucht werden¹⁵⁹⁾. Ein solcher Mißbrauch ist dann anzunehmen, wenn den Gesellschaftern eine Zusammenarbeit mit der Person des Erben nicht zugemutet werden kann. Einen unzumutbaren Erben können die Gesellschafter ablehnen¹⁶⁰⁾. Die Gesellschafter sind folglich, um ein überspitztes Beispiel zu gebrauchen, auch dann geschützt, wenn infolge eines von der Rechtsordnung gebilligten¹⁶¹⁾ Testaments zugunsten der Geliebten eine vollkommen ungeeignete Person ge-

158) vgl. dazu Müller, aaO., S.399.

159) so Hueck, DNotZ 1952, S.550, 553.

160) Hueck, aaO.

161) vgl. hierzu etwa von Lübtow, S.309 f. m.w.N.

schäftsführender Gesellschafter werden sollte.

Schließlich kann auf das bereits früher Ausgeführte¹⁶²⁾ verwiesen werden: Bei der Vereinbarung der Fortsetzungsklausel bringen die übrigen Gesellschafter dem Gesellschafter das Vertrauen entgegen, bei der Vererbung seines Gesellschaftersanteils einen geeigneten Nachfolger aus dem Kreis der Erbberechtigten auszuwählen¹⁶³⁾ und die übrigen Erben in anderer Art abzufinden. Bei der Wahl des Geschäftsführers hingegen bestimmt eine Mehrheit von Personen, die beim Abschluß des Gesellschaftsvertrages mit der Komplementär-GmbH noch nicht bekannt sein müssen¹⁶⁴⁾, über die Person des Geschäftsführers. Bei einem Mehrheitsbeschluß kann nicht davon gesprochen werden, daß das Vertrauen in eine bestimmte Person deren Rechtsmacht rechtfertige. Denn das Ergebnis eines Mehrheitsbeschlusses hängt von zahlreichen Imponderabilien ab, die sich vorher nicht erfassen lassen.

c) Die Stichhaltigkeit des Arguments der Bestellung des Prokuristen durch einen Gesellschafter

Als weiterer Beweis dafür, daß die Auswahl des Geschäftsführers ohne jegliche Berücksichtigung

162) vgl. oben S.58 f.

163) Dieses Bestreben des Erblasser-Gesellschafters wird auch von den Anhängern der GmbH & Co. als Instrument zur Regelung der Erbfolge anerkannt, vgl. oben V 5), S.23 f.

164) S.58 mit Fn.134.

der Interessen der übrigen Gesellschafter nichts Außergewöhnliches darstelle, wird angeführt, daß die Bestellung des Prokuristen entgegen § 116 Abs.3 HGB nur durch einen Gesellschafter erfolgen könne. Damit habe ein Gesellschafter die Macht, das Vertretungsverhältnis der Personalgesellschaft genauso einseitig abzuändern, wie dies durch die juristische Person im Wege der Auswechslung ihrer Organpersonen erfolgen könne¹⁶⁵⁾. Auch brauche der Umfang der Prokura nicht notwendig dem Umfang der Vertretungsmacht eines Gesellschafters nachzustehen¹⁶⁶⁾.

Die Vorschriften über die Bestellung des Prokuristen der Personalgesellschaft sind nachgiebigen Rechts¹⁶⁷⁾. Es kann damit vereinbart werden, daß

165) Zielinski, S.95.

166) Zielinski, aaO.; richtig ist, daß die Beschränkung des § 49 Abs.2 HGB beseitigt werden kann. Gleichwohl ermächtigt die Prokura nur zu Geschäften im jeweiligen Handelsgewerbe, der Gesellschafter hingegen ist zu allen Rechtsgeschäften berechtigt, § 126 HGB. Vgl. im übrigen zu den Unterschieden bei der Veräußerung des Handelsgeschäfts, der Aufnahme eines stillen Gesellschafters, der Erteilung der Prokura Baumbach-Duden, §§ 49, 50, Anm.1 A einerseits und Fischer in Großkomm. HGB § 126, Anm.3 ff. andererseits. Gleichwohl ist anzuerkennen, daß wirtschaftlich betrachtet die Rechtsmacht des Prokuristen bei entsprechender Ausgestaltung seiner Stellung sich nicht wesentlich von der eines vertretungsberechtigten Gesellschafters unterscheiden muß, vgl. zu den grundsätzlichen Unterschieden unten S.71.

167) vgl. Baumbach-Duden, § 116, Anm.4.

nur ein Gesellschafter zur Bestellung des Prokuristen berechtigt sei und nur er die Bestellung widerrufen bzw. der Widerruf nur mit seiner Zustimmung erfolgen dürfe¹⁶⁸⁾.

Zunächst sind hier alle bereits oben¹⁶⁹⁾ vorgebrachten Argumente anzuführen, die es verbieten, die Bestellung des Geschäftsführers durch die GmbH-Gesellschafter der Bestellung des Prokuristen durch einen Personengesellschafter gleichzusetzen: Die von Zielinski angeführte Art der Prokuristenbestellung bedarf der ausdrücklichen gesellschaftsvertraglichen Vereinbarung, das Recht der alleinigen Bestellung des Prokuristen steht unter dem Vorbehalt, daß es nicht gegen das Prinzip der Gesellschaftstreue ausgeübt werden darf, und schließlich ist ein solches einem Gesellschafter eingeräumtes Vertrauen nicht vergleichbar mit dem Bestellungsrecht eines mehrköpfigen Organs einer juristischen Person.

Daneben darf nicht übersehen werden, daß jeder vertretungsberechtigte Gesellschafter die von einem Gesellschafter erteilte Prokura widerrufen kann, denn die Vereinbarung eines alleinigen Bestellungs- bzw. Abberufungsrechts wirkt nur im Innenverhältnis¹⁷⁰⁾. Folglich ist jeder andere vertretungsberechtigte Gesellschafter davor ge-

168) vgl. Fischer in Großkomm. HGB, § 116, Anm. 16; Hueck, S.123; RG, DR 1940, S.804.

169) vgl. S.58 ff.; 67 f.

170) Fischer, Großkomm. HGB, § 116, Anm.16; RGZ 163, S.35, 37 f.

schützt, daß er von einem Prokuristen verpflichtet werden kann, dem er kein Vertrauen entgegen bringt. Schließlich schützt gegen ein mißbräuchliches Verhalten des begünstigten Gesellschafters die entsprechende Anwendung der §§ 117, 127 HGB. Bei Vorliegen eines wichtigen Grundes kann damit dem Gesellschafter sein über den gesetzlichen Rahmen hinausgehendes Recht zur Geschäftsführung entzogen werden¹⁷¹⁾.

Auf den ersten Blick scheint das von Zielinski angeführte Argument über eine größere Überzeugungskraft zu verfügen, wenn neben dem Komplementär weitere vertretungsberechtigte persönlich haftende Gesellschafter nicht vorhanden sind und damit der Vergleich zur GmbH & Co. KG¹⁷²⁾ vervollständigt wird. Denn dann ist nach dem Gesetz ohnehin der einzige Komplementär zur Bestellung der Prokuristen befugt¹⁷³⁾ und entscheidet allein die Auswahl ihrer Person.

Indes ergeben sich auch hier gewichtige Unterschiede zur Bestellung des Geschäftsführers der GmbH-Komplementärin. Denn der Prokurist der Personengesellschaft vertritt diese lediglich im rechtsgeschäftlichen Bereich gegenüber Dritten. Der Geschäftsführer der Komplementär-GmbH ist dagegen als deren Handlungsorgan darüber hinaus zu allen

171) vgl. dazu Fischer in Großkomm. HGB, § 117, Anm.2; Hueck, S.123, Fn.23; Westermann, Hdb., Rz.215.

172) vgl. zur Definition oben II), S.5.

173) §§ 164 i.V.m. 116 Abs.3 HGB.

Maßnahmen befugt, die der Primärzuständigkeit des Gesellschafters unterliegen. Er übt das Stimmrecht bei allen die Gesellschaft betreffenden Beschlüssen aus. Er hat bei der Realisierung des den Kommandisten nach § 166 HGB zustehenden Kontrollrechts mitzuwirken, ihm obliegt die Aufstellung¹⁷⁴⁾ der Bilanz. Der Geschäftsführer erledigt alle Aufgaben, die entweder nach dem Gesetz vom Gesellschafter in personazu erbringen sind und die typischerweise nicht dem Prokuristen übertragen werden. Insgesamt ist daher der Geschäftsführer qualitativ in seiner Stellung innerhalb der Gesellschaft dem Prokuristen nicht vergleichbar. Dies wird auch insbesondere dadurch deutlich, daß es der Geschäftsführer ist, der wiederum die Prokuristen auswählt und bestellt¹⁷⁵⁾.

174) Die Feststellung der Bilanz erfolgt dagegen durch alle Gesellschafter, vgl. Fischer in Großkomm. HGB, § 120, Anm.11.

175) Dabei ergibt sich durch das Ineinandergreifen des KG-Rechts und des GmbH-Rechts folgende im Ergebnis kaum zu rechtfertigende Divergenz: Nach §§ 164 S.2, 116 Abs.3 HGB werden die Prokuristen der KG von den geschäftsführenden Gesellschaftern bestellt. Ist die GmbH die einzige Komplementärin, so ist der GmbH-Geschäftsführer zur Bestellung zuständig. Dagegen werden die Prokuristen der GmbH nach § 46 Nr.7 GmbHG (ebenso RefE zum GmbHG, § 64 Abs.2 S.2) von der Gesellschafterversammlung berufen, sofern in der Satzung keine andere Regelung vorgesehen ist. Nach ganz h.M. (vgl. Hesselmann, S.101; Böttcher-Beinert, S.44; Henze-Triller, S.50; Lange, NWB, Fach 18, S.2090; Flechtheim, S.13; OLG Hamm, DB 1967, S.1450, 1451, OLGZ 1973, S.265, 269; unklar Hueck, S.310, der einerseits darauf verweist, daß für die juristische Person die Geschäftsführung und Vertretung in der Personengesellschaft diejenigen Personen ausüben, die jeweils zur Vertretung der juristischen Person berufen sind; andererseits soll die Geschäftsführung in der Personengesellschaft von den vertretungsbe-

Entgegen Zielinski¹⁷⁶⁾ wiederholt sich bei der GmbH & Co. KG nur der im Recht der Kommanditge-

rechtigten Organen der juristischen Person vorzunehmen sein; zurückhaltend Müller, GmbHRdsch. 1972, S.18 Fn.1) ist die GmbH berechtigt, ohne Einschränkung Prokuristen zu bestellen, wobei diese mittelbar die GmbH & Co. KG vertreten. Inwieweit hier ein Verstoß gegen den Grundsatz vorliegen kann, daß alle aus der Gesellschafterstellung fließenden Rechte höchstpersönlich sind (vgl. dazu z.B. Fischer in Großkomm. HGB, § 109, Anm. 19), soll hier unerörtert bleiben. Im Ergebnis kann die GmbH sowohl von bei ihr bestellten Prokuristen als auch von den Prokuristen der GmbH & Co. KG verpflichtet werden, wobei erstere nach der gesetzlichen Regelung von der Gesellschafterversammlung der GmbH, letztere jedoch vom Geschäftsführer berufen werden. Da somit das Recht des obersten Willensorgans der GmbH, der Gesellschafterversammlung, beseitigt wird, ausschließlich über die vertretungsberechtigten Personen zu bestimmen, wird diese Möglichkeit des Geschäftsführers zur Bestellung von Prokuristen der GmbH & Co. KG immer dann nicht mit dem Willen der GmbH-Gesellschafter übereinstimmen, wenn sie am gesetzlichen Normalstatut des § 46 Nr.7 GmbHG festhalten und dem Geschäftsführer damit nicht das Recht einräumen, auch die Prokuristen der GmbH zu bestellen. Man wird daher im Wege der Auslegung des GmbH-Statuts in diesem Fall dem Geschäftsführer im Innenverhältnis zu den GmbH-Gesellschaftern die Pflicht auferlegen müssen, Prokuristen der GmbH & Co. KG nur mit deren Zustimmung zu bestellen. Da eine solche Beschränkung nur im Innenverhältnis wirkt, bestehen auch keine Bedenken, sie im Wege der Satzungsauslegung zu gewinnen, obwohl wegen der Qualität der Satzung als objektive Norm diese nur so auszulegen ist, wie sie die Allgemeinheit nach den Grundsätzen von Treu und Glauben verstehen darf und wie der Vertragswille in der Urkunde selbst zum Ausdruck kommt (vgl. dazu z.B. Baumbach-Hueck, § 3, Anm.1 F m.w.N.). Denn diese Einschränkung gilt nur im Verhältnis zur Allgemeinheit. Die Auslegung des Gesellschaftsvertrages, die das Innenverhältnis betrifft, orientiert sich an den allgemeinen Auslegungsregeln. Im übrigen können

sellschaft verankerte Grundsatz, daß der Komplementär die Auswahl der Prokuristen trifft. Daraus kann aber nicht gefolgert werden, daß für die Auswahl des Geschäftsführers die gleichen Maßstäbe gelten. Denn, um die oben angeführte Argumentation zusammenfassend zu wiederholen, der Geschäftsführer der GmbH übt als deren Handlungsorgan die ihr in der Personengesellschaft zustehenden organ-schaftlichen Rechte aus, während der Prokurist nur auf Grund einer rechtsgeschäftlich erteilten Vollmacht tätig wird.

d) Der Vergleich mit dem gesetzlichen Vertreter eines Gesellschafters

Die Reihe der Argumente für eine Bestellung des Geschäftsführers der Komplementär-GmbH als deren "ausschließlich interne Angelegenheit" findet ihren Abschluß in dem Fall, daß ein Gesellschafter von seinem gesetzlichen Vertreter¹⁷⁷⁾ in der

die GmbH-Gesellschafter durch eine Einzelanweisung dem Geschäftsführer die eigenständige Bestellung von Prokuristen der GmbH & Co. KG untersagen. Die durch Satzungsauslegung gewonnene Beschränkung der Geschäftsführungsbefugnis hat aber erhebliche Bedeutung, wenn ein derartiger Beschluß der Gesellschafterversammlung keine Mehrheit findet.

176) vgl. Fn.165.

177) Als gesetzliche Vertreter kommen die Eltern, der Vormund und der Gebrechlichkeitspfleger in Betracht. Für letzteren ist streitig, ob er der Gruppe der gesetzlichen Vertreter zuzurechnen ist (so OLG Celle, FamRZ 1963, S.465; Gernhuber, S.829) oder ob er als staatlicher Bevollmächtigter aufzufassen ist (BGHZ 48, S.147, 160 f., Palandt-Lauterbach, § 1910, Anm.4), sofern der Gebrechliche geschäftsfähig ist.

Ausübung der ihm aus dem Gesellschaftsvertrag erwachsenen Rechte vertreten wird. Hier liege ein der Geschäftsführerbestellung analoger Fall, bei dem sich die übrigen Gesellschafter ebenfalls mit der Person des gesetzlichen Vertreters abzufinden hätten¹⁷⁸⁾. Diese Auffassung, daß damit ein Nicht-gesellschafter in der Personalgesellschaft tätig wird, auf dessen Person die Gesellschafter keinen Einfluß haben, wird in der Tat von der ganz h.M.¹⁷⁹⁾ vertreten.

Zunächst ist jedoch nach Fallgruppen zu unterscheiden, in denen eine gesetzliche Vertretung eines Gesellschafters aktuell wird. Dabei hat im Hinblick auf die hier interessierende Frage der materiellen Gleichwertigkeit der Geschäftsführerbestellung mit dem Tätigwerden des gesetzlichen Vertreters die Fallgruppe auszuschneiden, daß die Gesellschafter bereits mit dem gesetzlichen Vertreter den Gesellschaftsvertrag schließen. Denn hier kennen die übrigen Gesellschafter die Person des gesetzlichen Vertreters und können sich nicht später darauf berufen, zu diesem kein Vertrauen zu haben¹⁸⁰⁾.

178) Fleck, S.27 f.; Boesebeck, S.56.

179) vgl. Hueck, S.307; Baumbach-Duden, § 114, Anm. 2 D; Heymann-Kötter, § 114, Anm.1; Flechtheim in Düringer-Hachenburg, § 114, Anm.3; Staub-Pinner, § 115, Anm.1; Wieland, S.572, Anm.47; Fischer in Großkomm. HGB, § 114, Anm.6; Schlegelberger-Geßler, § 114, Rn.4; Westermann, Hdb., Rz. 175; RGZ 123, S.289, 299; a.A. Gogos, S.72 f.

180) vgl. auch Gogos, S.71.

Es sind daher nur Fallsituationen vergleichbar, die sich dadurch kennzeichnen, daß die Person des gesetzlichen Vertreters wechselt, etwa durch Wegfall der Eltern als gesetzliche Vertreter und Bestellung eines Vormunds oder durch Auswechslung des Vormunds bzw. des Pflegers durch das Vormundschaftsgericht. Daneben kommt in Betracht, daß durch eine Klausel nach § 139 HGB ein nicht oder beschränkt Geschäftsfähiger Gesellschafter wird und sein gesetzlicher Vertreter die ihm zustehenden Gesellschafterrechte wahrnimmt¹⁸¹⁾. In diesen Fällen ist der Vergleich zur Auswechslung des Vertretungsorgans einer juristischen Person von dem materiellen Aspekt des Einflusses fremder Personen auf die Gesellschaft gerechtfertigt.

Jedoch ist zunächst davon auszugehen, daß der minderjährige oder geisteskrank werdende Gesellschafter in der Praxis keine erhebliche Rolle spielt¹⁸²⁾, wenngleich dieser Frage wissenschaftlich in zum Teil umfangreichen Darstellungen nachgegangen wird. Insbesondere, -dies ist im

181) Dieser Fall ist im Zusammenhang mit den Ausführungen oben IX 2 b), S.62 ff., zu sehen. Wegen der speziellen Gesichtspunkte des Schutzes des Minderjährigen bzw. Geschäftsunfähigen soll er jedoch hier ergänzend behandelt werden. Besonders zu prüfen ist, ob nach dem Gesellschaftsvertrag nicht Anhaltspunkte dafür vorliegen, daß nur der geschäftsfähige Erbe geschäftsführungs- bzw. vertretungsberechtigt sein soll, vgl. dazu S.65 ff.

182) vgl. etwa Fischer in Großkomm. HGB, § 125, Anm.8; Westermann, Vertragsfreiheit, S.409.

Vergleich zur GmbH & Co. KG wichtig-, stellt sich selten das Problem, daß der einzige Komplementär von einem nicht voll Geschäftsfähigen beerbt wird, weil für diesen Fall des bekannten und von den Gesellschaftern regelmäßig bedachten Problems der Unternehmensnachfolge Vorsorge getroffen wird. In der Praxis wird ferner selten einem Minderjährigen Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis eingeräumt. In den Gesellschaftsverträgen werden Bestimmungen für den Fall getroffen, daß der Eintritt eines Minderjährigen vorkommen sollte¹⁸³⁾. Der Minderjährige wird in aller Regel von der Geschäftsführung und Vertretung ausgeschlossen¹⁸⁴⁾. Erst mit Erreichung eines bestimmten Alters, nach Absolvierung einer bestimmten Ausbildung oder Ablegung einer Probezeit werden diese Rechte eingeräumt¹⁸⁵⁾. Teilweise wird sogar vertreten¹⁸⁶⁾, auch ohne gesellschaftsvertragliche Regelung sei davon auszugehen, daß das Recht zur Vertretung bis zur Volljährigkeit ruhe und nur auf Grund ausdrücklicher Vertragsgestaltung oder bei Zustimmung aller Gesellschafter der gesetzliche Vertreter zur Geschäftsführung und Vertretung berechtigt sei¹⁸⁷⁾.

Tritt nun unabhängig hiervon der Fall ein, daß

183) vgl. Hueck, S.307; Fischer in Großkomm. HGB, § 125, Anm.8; Westermann, Hdb., Rz.175, 196; ferner, Sudhoff, Personengesellschaft, S.423, 450.

184) vgl. die in Fn.183 Genannten.

185) vgl. Hueck, S.307; Fischer in Großkomm. HGB, § 125, Anm.8.

186) Fischer, aaO.

187) Fischer in Großkomm. HGB, § 127, Anm.23.

ein gesetzlicher Vertreter ohne Einfluß der übrigen Gesellschafter in der Gesellschaft durch Ausübung der Rechte¹⁸⁸⁾ tätig wird, die dem vertretenen Gesellschafter zustehen, so bleiben auch hier Möglichkeiten zum Schutz der übrigen Gesellschafter vor einem ungeeigneten Vertreter.

Bei einem Vormund oder Pfleger kann das Vormundschaftsgericht einen Wechsel herbeiführen, den die übrigen Gesellschafter anregen können¹⁸⁹⁾. Darüber hinaus kann dem gesetzlichen Vertreter nach §§ 117, 127 HGB die Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis entzogen werden, wenn sich aus seiner Person ein wichtiger Grund im Sinne dieser Vorschriften ergibt¹⁹⁰⁾. Desweiteren berechtigen die Gründe nach den §§ 117, 127, 140 HGB, den gesetzlichen Vertreter abzulehnen, so daß ein Pfleger zu bestellen ist¹⁹¹⁾, sofern die Umstände, aus denen ein wichtiger Grund in seiner Person folgt, bereits vor seinem Tätigwerden vorliegen.

188) Dabei ist zu beachten, daß auch unter Berücksichtigung der soeben (Fn.187) erwähnten Einschränkung hinsichtlich der Geschäftsführung und Vertretung dem gesetzlichen Vertreter jedenfalls die übrigen Gesellschafterrechte, z.B. Stimmrecht, Informations- und Kontrollrechte, zur Ausübung zustehen, vgl. Hueck, S.307; Westermann, Rz.196; BGHZ 44, S.98, 100 f.

189) vgl. Fischer in Großkomm. HGB, § 127, Anm.23; Hueck, S.309, der allerdings auf die geringe praktische Bedeutung dieser Möglichkeit hinweist.

190) vgl. Fischer und Hueck, jeweils aaO.

191) vgl. Westermann, Hdb., Rz.175.

Allerdings darf nicht übersehen werden, daß im Verhältnis zu den vorangegangenen Fällen ein geringerer Schutz der übrigen Gesellschafter gewährleistet ist. Denn eine Ablehnung des gesetzlichen Vertreters setzt voraus, daß die Schranke des wichtigen Grundes überschritten ist. Dagegen fehlt es an einem Ablehnungsrecht, das aus dem allgemeinen Treuegedanken abgeleitet werden kann, wenn die Zusammenarbeit im Sinne des Treuegedankens zwar unzumutbar ist, die Intensität des wichtigen Grundes im Sinne der §§ 117, 127 HGB jedoch nicht erreicht wird. Diese Unterscheidung rechtfertigt sich aber daraus, daß der gesetzliche Vertreter nicht von einem Gesellschafter ausgewählt wird und folglich ein treuwidriges Handeln eines Gesellschafters nicht vorliegen kann. Die übrigen Gesellschafter müssen daher für sie nachteilige, aber unter der Schwelle des wichtigen Grundes liegende Umstände oder Eigenschaften in der Person des Vertreters hinnehmen. Denn nach dem gesetzgeberischen Ordnungsprinzip hat der gesetzliche Vertreter zwingend die Aufgabe, den Minderjährigen, Geschäftsunfähigen oder beschränkt Geschäftsfähigen zu betreuen und somit seine Interessen wahrzunehmen. Diese gesetzlichen Schutzzwecke gehen den gesellschaftsvertraglichen Interessen der übrigen Gesellschafter vor, so daß die Regeln des Gesellschaftsrechts von den Regeln zum Schutze vom Gesetz als hilfsbedürftig angesehener Personen überlagert werden¹⁹²⁾. Das Interesse der

192) BGHZ 44, S.98, 100 f., wo diese Grundsätze auch auf den Gebrechlichkeitspfleger, vgl. BGH, aaO., S.101 ff., angewandt werden. Vgl.

übrigen Gesellschafter, die Mitwirkung außenstehender, ihnen nicht genehmer Personen zu verhindern, wird somit insoweit verdrängt, als die Rechtsordnung den Schutz dieser Personen über den allgemeinen Vertrauensschutz und den hiermit verwandten Grundsatz der Gesellschaftstreue stellt.

e) Die Beseitigung jeglicher Rechte der übrigen Gesellschafter bei der Bestellung des Geschäftsführers der Komplementär-GmbH eo ipso durch den Gesellschaftsvertrag

Einer Erörterung bedarf noch das denkbare Argument, daß die übrigen Gesellschafter durch den Abschluß des Gesellschaftsvertrages mit der GmbH als Komplementärin in Kauf genommen haben, daß ein durch die GmbH auswechselbarer Geschäftsführer die Geschäfte der GmbH & Co. führt und sie deswegen vertraglich der GmbH das Recht einräumten, den Geschäftsführer nach freiem Belieben auszuwählen.

Das Einverständnis der übrigen Gesellschafter mit der Organperson kann sich zunächst nur auf die im Zeitpunkt des Abschlusses des Gesellschaftsvertrages bzw. des Beitritts zur Gesellschaft vorhandene Organperson beziehen. Dieses Einverständnis sagt somit nichts darüber aus, inwieweit

ferner die zustimmende Anm. von Fischer, LM Nr.1 zu § 118 HGB. Letztlich handelt es sich um den generellen Schutz des Minderjährigen, der sich z.B. auch darin auswirkt, daß die Regeln für die faktische Gesellschaft ihm gegenüber nicht anwendbar sind, vgl. Hueck, S.91.

andere Organpersonen später ebenfalls akzeptiert werden.

Aus dem Gesellschaftsvertrag wird sich in aller Regel weder unmittelbar noch durch Auslegung der Wille der übrigen Gesellschafter entnehmen lassen, mit jedwedem Geschäftsführer einverstanden zu sein. Selbst eine Vertragsformulierung, nach der "die Geschäftsführung der Gesellschaft der X-Verwaltungsgesellschaft mbH zusteht, die als GmbH durch ihre satzungsgemäß bestellten Organe" handelt¹⁹³⁾, läßt eine solche Interpretation nicht zu. Denn sie betrifft lediglich eine Aussage darüber, daß die GmbH durch ihre Geschäftsführer handelt und diese satzungsgemäß bestellt sein müssen. Sie enthält aber keine Festlegung dazu, welche Umstände das Bestellungsorgan bei der Auswahl des Geschäftsführers zu berücksichtigen hat. Die Pflicht zur Berücksichtigung der Interessen der Personalgesellschaft läßt sich sogar im Gegenteil leichter einer Vertragsformulierung entnehmen als der Verzicht der übrigen Gesellschafter auf Berücksichtigung ihrer Interessen bei der Auswahl des Geschäftsführers, weil in jedem Fall sich in dem Gesellschaftsvertrag Anhaltspunkte dafür finden lassen; daß der Geschäftsführer ausschließlich oder jedenfalls auch zum Zweck der Führung der Geschäfte der Personalgesellschaft bestellt wird¹⁹⁴⁾.

193) Hesselmann, Beispiel für einen GmbH & Co.-Gesellschaftsvertrag, S.223.

194) So wird der satzungsgemäß festgelegte Unternehmensgegenstand der GmbH einen Rückschluß auf die Geschäftsführung der KG zulassen, vgl. dazu Hesselmann, S.50.

Der Tatsache, daß die Gesellschafter mit einer juristischen Person als Komplementärin einen Gesellschaftsvertrag schließen, kann insoweit nur folgendes entnommen werden: Die Gesellschafter müssen wissen, daß die Organpersonen wechseln können. Dies ergibt sich aus dem Wesen der juristischen Person, deren Funktion zwingend auf dem Prinzip der Organschaft beruht. Mit diesem Prinzip haben sich die Gesellschafter einverstanden erklärt. Darüber hinaus kann aber nicht angenommen werden, daß sich die übrigen Gesellschafter vertraglich dazu bereit erklärt haben, jede Person als Geschäftsführer zu akzeptieren. Denn einmal können sie beim Abschluß des Vertrages dieses zukünftige Ereignis eines Organwechsels in seinen Folgen nicht abschätzen, so daß ein hierauf gerichteter Wille nicht vorhanden sein wird. Zum anderen kann eine einschränkungslose Unterwerfung unter die Auswahlkriterien der GmbH bei der Bestellung des Geschäftsführers nur schwerlich ohne ausdrückliche Erklärung angenommen werden.

Es zeigt sich hier eine Parallele zur Ausübung der Gesellschafterrechte durch einen Bevollmächtigten, die im Gesellschaftsvertrag oder mit Zustimmung aller Gesellschafter für zulässig erklärt werden kann¹⁹⁵⁾. Auch hier wird selbst für

195) vgl. Fischer in Großkomm. HGB, § 109, Anm.19, § 114, Anm.8 a, § 118, Anm.4 a; § 119, Anm.27; Westermann, Hdb., Rz.272; Hueck, S.138; Nitschke, S.253; Schlegelberger-Geßler, § 114, Rn.13; zumeist wird hier vereinbart, daß nur bestimmte Personen bevollmächtigt werden dürfen, vgl. auch Westermann, Vertragsfreiheit, S.403, 405: eine generelle Zulassung der Vertretung müsse nach dem Bestimmtheitsgrundsatz einschränkend ausgelegt werden.

den Fall eines vertraglich nicht eingeschränkten Auswahlrechts bei der Bestellung des Vertreters nicht angenommen, daß die Zustimmung zur Vertretung das uneingeschränkte Recht des Gesellschafters begründet, ausschließlich nach seinem eigenen Gutdünken den Vertreter auswählen zu dürfen: Die übrigen Gesellschafter können den Vertreter zurückweisen, wenn er unter Verletzung der Treuepflicht ausgewählt wurde¹⁹⁶⁾.

f) Zusammenfassung

Die Entgegnungen auf die oben angeführten Argumente haben gezeigt, daß sie nicht zwingend den Schluß zulassen, die GmbH sei als Komplementärin berechtigt, ohne jegliche Rücksichtnahme auf die übrigen Gesellschafter, seien es Komplementäre oder Kommanditisten, den Geschäftsführer zu bestellen. Entweder haben sich die Argumente aus praktischen Gründen als nicht stichhaltig erwiesen oder sie entbehrten der Kraft, eine generelle Aussagefähigkeit zu beinhalten. Letzteres muß insbesondere dann angenommen werden, wenn eine Gestaltungsmöglichkeit zwar rechtlich zulässig, jedoch praktisch bedeutungslos ist. Gleiches gilt, wenn der gesellschaftsvertraglichen Gestaltungsmöglichkeit ein subtiles System der Gestaltungsfreiheit zugrundeliegt und die als Argument angeführte Modalität gleichsam als krasse Außenseiterlösung gilt, die unter vernünftigen Vertrags-

196) vgl. Fischer in Großkomm. HGB, § 119, Anm. 27; § 118, Anm. 5; Schlegelberger-Geßler, § 118, Rn. 3.

parteien keine Chance der Realisierung hat. Als gewichtiger Einwand erwies sich darüber hinaus die Berufung auf die im Recht der Personalgesellschaft nicht abdingbare Treuepflicht, die - abgesehen von dem besonders gelagerten Fall des Minderjährigenschutzes - verhindert, daß den übrigen Gesellschaftern in der Geschäftsführung und Vertretung unzumutbare Personen aufgedrängt werden.

X) Die Lösung des Problems durch die Kautelarjurisprudenz

Die mißliche Folge, daß nach h.M. der Geschäftsführer der Komplementär-GmbH ohne Rücksicht auf die Interessen der übrigen Gesellschafter in interner GmbH-Zuständigkeit bestellt wird, veranlaßt zahlreiche Autoren zu Hinweisen, wie durch besondere vertragliche Vereinbarungen der Gefahr begegnet werden kann, die durch den Organwechsel einem gedeihlichen Gesellschaftsleben stets droht.

So wird darauf verwiesen, daß wegen der Möglichkeit des Organwechsels schlechthin vereinbart werden könne, daß die juristische Person von der Vertretung ausgeschlossen werde¹⁹⁷⁾.

Ferner könne die Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis der juristischen Person davon abhängig gemacht werden, daß sich die Besetzung ihrer Organe nicht ändere¹⁹⁸⁾.

Auch wird erwogen, ein Recht der übrigen Gesellschafter auf Ausschluß der juristischen Person von der Vertretung zu schaffen, falls eine den übrigen Gesellschaftern nicht genehme Person zum Organ bestellt werde¹⁹⁹⁾.

Diese Möglichkeiten bieten freilich keine hin-

197) vgl. Westermann, Hdb., Rz.195; Hueck, S.310.

198) Hueck, aaO.; ähnlich Gogos, S.74.

199) Westermann, Hdb., Rz.195.

reichend praktikable Lösungen. Der generelle Ausschluß der GmbH von der Geschäftsführung und Vertretung ist keine geeignete Maßnahme, um Streitigkeiten unter den Personalgesellschaftern wegen der Person des Geschäftsführers von vornherein aus dem Weg zu gehen. Denn dieser Ausschluß widerspricht in fast allen Fällen der Motivation²⁰⁰⁾, die gerade zur Gründung der GmbH & Co. führte. Hierbei ist nämlich von ausschlaggebender Bedeutung, daß über die Person des GmbH-Geschäftsführers Gesellschaftsfremde mit der Leitung der Gesellschaft betraut werden können.

Auch die Zuerkennung der Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis unter der Bedingung, daß die Organpersonen nicht ausgewechselt werden, erweist sich als Hemmnis für das Unternehmen der GmbH & Co.: Eine Neubesetzung des Organs der GmbH ist in bestimmten Fällen²⁰¹⁾ notwendig. Verliert die GmbH dann eo ipso die Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis, so wird die GmbH & Co. handlungsunfähig, wenn -wie zumeist- die GmbH einzige Komplementärin ist. Es entsteht damit hinsichtlich der Geschäftsführung ein Vakuum, das ein kontinuierliche Leitung des Unternehmens ausschließt. Hier bleibt nur die Möglichkeit, daß die übrigen Gesellschafter nach Bestellung des neuen Geschäftsführers unverzüglich die entfallenen Befugnisse wieder erteilen. Da dies jedoch einstimmig zu geschehen hat, entsteht die Gefahr, daß insoweit

200) vgl. dazu oben V), S.15 ff.

201) siehe oben VI), S.26; IX 1), S.52.

eine Einigung unter allen Gesellschaftern nicht erzielt wird und damit die GmbH & Co. KG zur Liquidation verurteilt ist.

Diese gefährliche Automatik des Entfallens der Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis bei Wechsel der Organpersonen vermeidet die zuletzt genannte Vertragsgestaltung, die lediglich ein Ausschlußrecht vorsieht, wenn der Geschäftsführer den übrigen Gesellschaftern nicht genehm ist. Materiellrechtlich ist eine solche Vereinbarung dahin zu werten, daß ein Recht nach den §§ 117, 127 HGB geschaffen wird, ohne daß ein wichtiger Grund zum Entzug vorzuliegen braucht²⁰²⁾. Es liegt damit im Ermessen der übrigen Gesellschafter, von dem Recht auf Entzug der Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis Gebrauch zu machen. Dies hat zwar den Vorteil, daß beim Organwechsel zunächst eine Veränderung nicht eintritt und die kontinuierliche Unternehmensleitung gewährleistet wird. Es zeigen sich jedoch die Nachteile der zuvor genannten Lösungen, wenn die Gesellschafter ihr Recht auf Entzug ausüben. Denn nach erfolgtem Entzug ist die Fortführung der Gesellschaft nur möglich, wenn sofort ein anderer Geschäftsführer bestellt wird. Wegen § 38 Abs.2 GmbHG können hierdurch erhebliche finanzielle Belastungen

202) Die Voraussetzung des wichtigen Grundes in den §§ 117, 127 HGB ist dispositiv, vgl. Fischer in Großkomm. HGB, §§ 117, Anm.8, 127, Anm.17; die formale Durchführung eines solchen Entzugs kann hier außer Betracht bleiben. Neben dem gesetzlich vorgesehenen Verfahren der Gestaltungsklage ist auch ein Gesellschafterbeschuß ausreichend, sofern dies im Gesellschaftsvertrag festgelegt ist.

entstehen. Besonders nachteilig ist aber, daß nach Entzug durch die übrigen Gesellschafter und sodann erfolgter Neubestellung sich die Prozedur wiederholt und insoweit ein "Karussell" entstehen kann. Diese Vertragsvereinbarung bewirkt eine gedeihliche Unternehmensführung nur dann, wenn vor der Bestellung des neuen Geschäftsführers das Einverständnis der übrigen Gesellschafter eingeholt wird. Da auf diesem Weg letztlich den übrigen Gesellschaftern die Auswahl des Geschäftsführers übertragen wird, ergibt sich eine umfassende Verlagerung der Kompetenzen der Geschäftsführerauswahl auf die Kommanditisten, die in aller Regel nicht gewollt sein wird.

Soll den Kommanditisten der entscheidende Einfluß auf die Bestellung des Geschäftsführers eingeräumt werden, so stehen zahlreiche Variationen der gesellschaftsvertraglichen Gestaltung zur Verfügung: Einmal kann in der Satzung der GmbH die Bestellung und Abberufung des Geschäftsführers dem Aufsichtsrat²⁰³⁾ oder Beirat der GmbH übertragen werden²⁰⁴⁾, wobei diese Organe entweder mit Kommanditisten besetzt werden oder intern in der Beschlußfassung an die Zustimmung der Kommanditisten gebunden sind²⁰⁵⁾. Zum anderen kann sich die GmbH auch im Gesellschaftsvertrag der KG ver-

203) Der fakultative Aufsichtsrat der GmbH braucht dabei nicht zwingend Kontrollorgan über die Geschäftsführung zu sein, vgl. Scholz, § 52, Rn.2.

204) vgl. Plum, S.169.

205) Es empfiehlt sich, diese Rechte der Kommanditisten gleichzeitig im KG-Vertrag zu statuieren, um sie der Disposition durch die GmbH-

verpflichten, einen Wechsel ihrer Geschäftsführerpersonen nicht ohne Genehmigung der Gesellschafterversammlung der KG vorzunehmen²⁰⁶⁾. Am weitestgehenden ist die Gestaltung, die Bestellung des Geschäftsführers in der GmbH-Satzung den Kommanditisten zu übertragen²⁰⁷⁾.

Für eine solche Kompetenzverlagerung des Rechts zur Bestellung des Geschäftsführers können sich gewiß im Einzelfall sachlich angemessene Gründe finden. In der Regel wird eine derartige Gestaltung ausscheiden. Bei der personenidentischen GmbH & Co. KG²⁰⁸⁾ ist sie nicht denkbar. Auch bei der GmbH & Co. KG wird sie kaum praktische Relevanz erlangen: Sind die GmbH-Gesellschafter daran interessiert, durch ihre GmbH die Geschäfte der KG zu führen, so werden sie sich wohl nicht ein elementares Recht zur Beherrschung der juristischen Person, nämlich den Einfluß auf die Wahl der Handlungsperson, nehmen lassen. Führt die h.M.²⁰⁹⁾ zur einseitigen Berücksichtigung der In-

Gesellschafter zu entziehen, wie dies bei einer ausschließlichen Festlegung der Kommanditistenrechte im GmbH-Statut der Fall wäre. Eine Koppelung der Satzungsänderung an die Zustimmung der Kommanditisten ist nicht zulässig, vgl. RGZ 169, S.65, 81; Hachenburg-Schilling, § 53, Anm.35; Baumbach-Hueck, § 53, Anm.2 A; Scholz, § 53, Rn.14, Feine, S. 597.

206) vgl. Plum, S.169; eine gleichzeitige Festlegung dieses Rechts der KG im GmbH-Statut erscheint angebracht, um eine Beeinträchtigung der Rechte der GmbH-Gesellschafter nicht ausschließlich außerstatutarisch festzulegen.

207) vgl. oben Fn.107.

208) vgl. oben II), S.5.

209) siehe oben VII), S.28 f.

teressen der GmbH-Gesellschafter, so bedingt die Kompetenzverlagerung eine ebenso interessenwidrige Gestaltung, die ihre Rechtfertigung jedoch in dem Willen der Gesellschafter findet. Ein sachgerechter Interessenausgleich, der unzumutbare Folgen für beide Gruppen vermeidet und zugleich elastisch genug für die Erfassung von Einzelfallelementen ist, findet sich nur in der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht. Der Treuegedanke ist daher als Ausgangspunkt einer interessengerechten Problemlösung zu wählen.

XI) Die Pflicht zur Rücksichtnahme auf die Interessen der übrigen Gesellschafter bei der Bestellung des Geschäftsführers durch die GmbH-Gesellschafter als Ausfluß der Pflicht zur Gesellschaftstreue

Die GmbH als juristische Person ist wie jede natürliche Person als Gesellschafterin verpflichtet, auf die Interessen der Gesellschaft und die Interessen der übrigen Gesellschafter Rücksicht zu nehmen. Diese Pflicht zur Rücksichtnahme folgt aus der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht. Danach ist es vertragliche Hauptpflicht²¹⁰⁾ eines jeden Gesellschafters, die Interessen der Gemeinschaft und darüber hinaus die durch den gemeinschaftlichen Zweck bestimmten Interessen der Mitgesellschafter nicht zu schädigen²¹¹⁾.

Diese Auswirkung der Treuepflicht in einem doppelten Bereich, nämlich der Berücksichtigung der Interessen der Gemeinschaft und der mitgliedschaftlichen Interessen des einzelnen Gesellschafters, ergäbe bei der Bestellung des Geschäftsführers der GmbH ebenfalls einen zweifachen Aspekt:

Einmal könnte die Bestellung eines bestimmten Geschäftsführers gegen die Interessen der Gemeinschaft verstoßen, so etwa bei der Bestellung eines objektiv ungeeigneten Geschäftsführers, zum anderen aber könnte die Bestellung den Interessen der

210) vgl. Enneccerus-Lehmann, S.739.

211) Hueck, Sitzungsberichte, S.15 f.

übrigen Gesellschafter zuwiderlaufen, etwa wenn die übrigen Gesellschafter dem Geschäftsführer kein Vertrauen entgegenbringen können.

Der Gedanke der Treupflicht wäre demnach grundsätzlich geeignet, bei der Bestellung des Geschäftsführers Gesichtspunkte zum Tragen zu bringen, die den Spielraum bei der Auswahl der Person des Geschäftsführers zu Lasten der GmbH einengen, indem neben ihren eigenen Interessen die der Personalgesellschaft und der Personalgesellschafter als Korrektiv zu berücksichtigen sind.

Die Anwendung des Treuegedankens bei der Bestellung des Geschäftsführers setzt aber zunächst voraus, daß die Bestellung durch die GmbH einen Akt darstellt, der der Treuebindung unterliegt.

1) Die Wirkungen der Treuepflicht

Die Bedeutung der Treuepflicht zeigt sich primär bei der Ausübung von Rechten, die dem Gesellschafter aus dem Gesellschaftsvertrag erwachsen²¹²⁾. Als solche Rechte kommen insbesondere das Widerspruchs-, Zustimmungs-, Stimm-, Informations- und Kontrollrecht sowie das Recht auf Geschäftsführung in Betracht.

Daneben kommt der Treupflicht aber eine weitere

212) Vgl. Fischer in Großkomm. HGB, § 105, Anm. 31 b; Hueck, S.192 f.; ders., Treuegedanke, S.82 ff.; Westermann, Hdb., Rz.242; Staudinger-Keßler, Vorbem. zu § 705, Rn.38 ff.

Bedeutung zu. Nicht nur bei der Ausübung von im Gesellschaftsvertrag wurzelnden Rechten wird sie aktuell, sondern sie ist auch maßgeblich bei anderen Verhaltensweisen des Gesellschafters. So muß der Gesellschafter bei der Ausübung von Drittgläubigerrechten die Treupflicht beachten²¹³⁾. Ferner muß er einer Änderung des Gesellschaftsvertrages zustimmen, sofern die Gesellschaftstreue dies erfordert²¹⁴⁾. Aus diesen Beispielen folgt, daß die Treupflicht eine allgemeine Verhaltenspflicht postuliert²¹⁵⁾.

2. Die Bestellung des Geschäftsführers als ein der Treupflicht unterliegender Akt

Bei der Bestellung des Geschäftsführers handelt es sich nicht um einen Akt, der seine Grundlage im Gesellschaftsvertrag findet. Vielmehr stellt er eine Maßnahme dar, die im GmbH-Statut wurzelt. Sie kann daher nicht der Gruppe der Treupflichten zugerechnet werden, die sich als Ausübungs-

213) vgl. Fischer, aaO.; Hueck, S.195; RG, JW 1937, S.1986; Fischer und Hueck betonen jedoch, daß die Treupflicht hier nicht überspannt werden dürfe; vgl. ferner Hueck, Treuegedanke, S.81 ff.; Staudinger-Kessler, Vorbem. zu § 705, Rn.39 a sowie § 705, Rn.77.

214) vgl. dazu Hueck, S.173; Fischer in GroBkomm. HGB, § 105, Anm.31 c; Zöllner, S.345 m.w.N. in Fn.21; Westermann, Hdb., Rz.242; vgl. auch BGH, NJW 1970, S.706, wo aus der Treupflicht die Verpflichtung abgeleitet wird, der Vertretung eines Gesellschafters bei der Ausübung des Stimmrechts zuzustimmen, zurückhaltend hierzu Hueck, ZGR 1972, S.244.

215) vgl. Westermann, Vertragsfreiheit, S.143; ferner Hueck, Sitzungsberichte, S.16.

schranke von Gesellschafterrechten erweist. Desgleichen erscheint es ausgeschlossen, die Geschäftsführerbestellung dem Treuegedanken insoweit unterzuordnen, als aus ihm eine allgemeine Verhaltenspflicht normiert wird. Denn für diese ist wesentlich, das das Verhalten unmittelbar²¹⁶⁾ auf die Gesellschaft einwirkt, wie dies bei der Geltendmachung eines Anspruchs gegen die Gesellschaft oder der Änderung des Gesellschaftsvertrags der Fall ist. Bei der Bestellung des Geschäftsführers wird die GmbH jedoch nicht unmittelbar im Rahmen des Gesellschaftsverhältnisses tätig, sondern regelt ihre eigenen Angelegenheiten²¹⁷⁾.

Damit zeigt sich, daß bei der juristischen Person als Gesellschafterin einer Personengesellschaft zwei Ebenen deutlich zu unterscheiden sind: Die eine Ebene betrifft ihre Handlungen als Gesellschafterin. In diesen Bereich fallen alle zuvor dargelegten Maßnahmen, bei denen Treuepflichten anerkannt sind.

Die andere Ebene erfaßt interne Vorgänge der juristischen Person, denen eine unmittelbare Außenwirkung fehlt. Zu diesen internen Vorgängen gehören Maßnahmen der rechtlichen und tatsächlichen Ausgestaltung ihrer körperschaftlichen Verfassung. Als Beispiel können hier eine Satzungsänderung, Änderungen im Gesellschafterbestand und die Be-

216) besonders deutlich Westermann, Hdb., Rz.242; Westermann, Vertragsfreiheit, S.143.

217) Der Ausgangspunkt der h.M., vgl. oben VII), S.28 f., ist daher zutreffend.

setzung der Organe angeführt werden. Diesen internen Vorgängen fehlt eine Außenwirkung insoweit, als durch sie in der Regel²¹⁸⁾ bestehende Schuldverhältnisse mit Dritten nicht beeinträchtigt werden. So bedarf es keiner Erörterung dazu, daß ein Kaufvertrag oder Mietvertrag mit einer juristischen Person keine Änderung dadurch erfährt, daß sich die Satzung oder das Vertretungsorgan der juristischen Person ändert. Hierdurch wird lediglich bewirkt, daß sich die juristische Person in einer neuen körperschaftlichen Verfassung präsentiert bzw. durch andere Organpersonen handelt. Es erscheint jedoch zweifelhaft, ob dieser Grundsatz ausnahmslos auch dann gelten kann, wenn die juristische Person durch einen Gesellschaftsvertrag gebunden ist.

Bei zahlreichen Veränderungen der körperschaftlichen Verfassung der juristischen Person wird auch hier prima facie zu verneinen sein, daß solche Veränderungen wegen der Mitgliedschaft in einer Personalgesellschaft bedenklich sind, so etwa wenn eine neue Mindesthöhe des Kapitalanteils festgelegt wird oder wenn Bestimmungen über die Einziehung von Geschäftsanteilen geändert werden. Andererseits entstehen ebenso auf den ersten Blick Bedenken, ob die GmbH als persönlich haftende Gesellschafterin einer Personalgesellschaft berechtigt ist, einen Beherrschungsvertrag²¹⁹⁾ abzu-

218) Etwas anderes gilt z.B., wenn sich die juristische Person verpflichtet hat, ein bestimmtes Statut beizubehalten.

219) vgl. Müller, GmbHRdsch. 1973, S.97 ff., m.w.N. zu Konzernverträgen bei der GmbH.

schließen und sich in ihren Entscheidungen in volle Abhängigkeit von Dritten zu bringen. Dieses Beispiel macht deutlich, daß eine Komplementär-GmbH wegen der gesellschaftsrechtlichen Gebundenheit Beschränkungen unterworfen ist, die sich auch auf ihr korporatives Eigenleben auswirken müssen.

Denn Ausdruck der Personengesellschaft als personenrechtlicher Gemeinschaft ist, daß persönliche Eigenschaften der Gesellschafter für die Fingehung des Gesellschaftsverhältnisses maßgeblich sind. Solche -den Eigenschaften einer natürlichen Person- vergleichbare Eigenschaften finden sich bei der juristischen Person einmal in der Gestaltung ihrer korporativen Verfassung und in ihrer Vermögenssituation. Daneben sind als persönliche Eigenschaften z.B. die Berufserfahrung, Branchenkenntnisse, die Ausbildung, also die Berufsqualifikation für die Übernahme der Gesellschafterstellung in geschäftsführender Funktion von Bedeutung. Gleiches gilt für die in den Vertragspartner gesetzte Erwartung, den Gesellschaftszweck nicht zu gefährden und durch Wohlverhalten im Wege der vertrauensvollen Zusammenarbeit zu fördern²²⁰⁾. Diese Eigenschaften realisieren sich bei der juristischen Person, soweit sie sich in Handlungen niederschlagen, beim Handlungsorgan.

Ob sich die der juristischen Person obliegende Treuepflicht auch darauf erstreckt, bei der Aus-

220) vgl. dazu Zöllner, S.342.

wahl des Geschäftsführers, die zur Gestaltung der soeben angeführten Eigenschaften führt, die Erwartungen der übrigen Gesellschafter zu berücksichtigen, kann nur daraus ermittelt werden, woraus sich die Treuepflicht ableitet.

Die Treuepflicht wird allgemein aus dem personenbezogenen Gemeinschaftsverhältnis abgeleitet, das vom gegenseitigen Vertrauen getragen wird²²¹⁾. Daneben wird als Quelle der Treuepflicht die Pflicht zur Förderung des Gesellschaftszwecks angesehen²²²⁾. Diese verschiedenen Ansatzpunkte zur Bestimmung der Treuepflicht können aber nicht als Gegensätze verstanden werden. Beide Gesichtspunkte ergänzen sich vielmehr, weil bei einer Personengesellschaft der Gesellschaftszweck untrennbar mit dem Gemeinschaftsverhältnis verbunden ist. Daher ist die Pflicht zur Förderung des Gesellschaftszwecks ein Ausfluß des Gemeinschaftsverhältnisses und umgekehrt.

Geht man von dem personenbezogenen Gemeinschaftsverhältnis, das vom gegenseitigen Vertrauen getragen wird, als Quelle der Treuepflicht aus, so ist zu fragen, welches Vertrauen einer Komplementär-GmbH als Gesellschafterin entgegengebracht wird. Das Vertrauen besteht -ganz allgemein formuliert- darin, daß vom Vertragspartner ein Verhalten erwartet wird, dessen bestimmender Faktor die Gebun-

221) vgl. Hueck, S.110; ders., Treuegedanke, S.72; Fischer in Großkomm. HGB, § 105, Anm. 31 a a.E.; Westermann, Hdb., Rz.17; Staudinger-Kießler, Vorbem. zu § 705, Rn.35 a.

222) so insbesondere Westermann, Vertragsfreiheit, S.143; Eichler, S.50, 61 Anm.47; Würdinger, S.38.

denheit an die Gemeinschaft ist²²³⁾. Der Vertragspartner muß also seine eigenen Interessen stets an den Interessen seiner Mitgesellschafter messen und damit eine Begrenzung der Eigeninteressen herbeiführen. Inwieweit ein solches Vertrauen bei einer juristischen Person realisiert werden kann, muß Ansatzpunkt der Problemlösung sein.

Die juristische Person kann als Folge ihrer allgemeinen Rechtsfähigkeit in einem Treueverhältnis stehen²²⁴⁾. Sie ist damit Trägerin der aus dem Treueverhältnis entspringenden Rechte und Pflichten. Die Erwartungen desjenigen, der in die juristische Person Vertrauen in dem Sinn setzt, daß sie ein bestimmtes gemeinschaftsbezogenes Verhalten zur Richtschnur ihrer Entscheidungen machen wird, können sich jedoch nur an die natürlichen Personen knüpfen, die das Verhalten der juristischen Person bestimmen. Denn diesem Verhalten unterliegt die Willensbildung der juristischen Person, die als körperschaftliche Willensbildung nur durch die natürlichen Personen als Organträger möglich ist²²⁵⁾.

223) vgl. Zöllner, S.338 ff., ferner Eichler, S.9 f.

224) vgl. Hueck, Sitzungsberichte, S.13, mit dem treffenden Hinweis auf die Treuepflicht zwischen den Organträgern der juristischen Person und dieser; a.A. noch Fechner, S.24, der Treuebindungen nur zwischen natürlichen Personen anerkennt.

225) Bartholomeyczik, S.292, 297; auch der Satz Gierkes, S.472, "die Verbandsperson kommt in den Lebensaktionen ihrer Organe unmittelbar zur Erscheinung", verdeutlicht, daß die Fiktion der Organtheorie nur dazu dienen kann, das Handeln des Organs unmittelbar als Handeln der juristischen Person anzusehen. Für die Motivation des Handelns ist aber die Willensbildung des Organträgers entscheidend.

Das Vertrauen, das einer juristischen Person entgegengebracht wird, findet -von der ethischen Wertzuordnung her gesehen- seinen Ansatzpunkt in den natürlichen Personen, die als Organträger eingesetzt sind²²⁶⁾.

Der Treuegedanken spaltet sich bei einer juristischen Person in zwei Bereiche auf: Der tatsächliche Bezugspunkt für das Vertrauen, aus dem es seinen sittlichen Gehalt empfängt, liegt in der Organperson; als Träger der Treupflicht im rechtlichen Sinn erscheint hingegen die juristische Person. Ist tatsächlicher Bezugspunkt der Gesellschaftstreue der Organträger, so folgt daraus zwingend, daß die übrigen Gesellschafter von dem Organträger der GmbH erwarten, daß er die Vertrauensbasis der Gesellschafter beachten wird. Bei der Wahl des Geschäftsführers wird damit in das Organ der Gesellschafterversammlung²²⁷⁾ das Vertrauen gesetzt, daß diese nur einen solchen Geschäftsführer auswählen wird, der in das vor-

226) vgl. Hueck, Sitzungsberichte, S.13; daß die juristische Person als solche nicht Träger eines sittlich-ethischen Begriffs sein kann, findet seine Parallele darin, daß sie strafrechtlich nicht verantwortlich ist, vgl. Soergel-Schultze=v. Lasaulx, Vorbem. zu § 21, Rn.35 m.w.N. Ferner kann die juristische Person nicht Träger des Grundrechts der Glaubens- und Gewissensfreiheit (Art.4 Abs.1, 1. Satz-
hälfte GG) sein, vgl. Dürig in Maunz-Dürig-Herzog, Art.19, Rn.52; auch "besondere Fähigkeiten" kommen nicht ihr, sondern nur ihren Mitgliedern oder Organpersonen zu, vgl. Soergel-Schultze=v. Lasaulx, aaO., Rn.33.

227) vgl. zur Organschaft der Gesellschafterversammlung Bartholomeyczik, S.298.

handene Vertrauensgefüge²²⁸⁾ paßt. Desgleichen erwarten die Gesellschafter, daß nur ein Geschäftsführer bestellt wird, der für dieses Amt geeignet ist. Die Gesellschafterversammlung²²⁹⁾ muß daher

228) Damit soll ausgedrückt werden, daß die Intensität der Gesellschaftstreue verschieden sein kann, vgl. dazu unten XI 3), S.106 ff.

229) Die Pflicht der GmbH-Gesellschafter, bei der Beschlußfassung über die Auswahl und Bestellung des Geschäftsführers im Rahmen der Treuepflicht auf die übrigen Gesellschafter Rücksicht zu nehmen und damit die Stimmabgabe am Treuegedanken zu orientieren, läßt sich folgendermaßen konstruieren: Zwar ist Träger der Treuepflicht nur die juristische Person, denn sie ist Vertragspartner des Gesellschaftsvertrages, aus dem die Treuepflicht folgt. Obwohl der Gesellschafter einer juristischen Person nicht unmittelbar für deren schuldrechtliche Verpflichtungen einzustehen hat, muß er in seiner Eigenschaft als Mitglied des Organs "Gesellschafterversammlung" bei der Beschlußfassung die Pflichten beachten, die der GmbH schuldrechtlich Dritten gegenüber obliegen. Denn der Gesellschafter der GmbH steht zu dieser in einem Treueverhältnis. Dieses Treueverhältnis zwischen der juristischen Person und ihren Mitgliedern ist allgemein anerkannt (vgl. etwa Baumbach-Hueck, ÜbbI. vor § 13, Anm.2 B; Hachenburg-Schilling, § 14, Anm.26 f.; BGHZ 9, S.157, 163; 14, S.25, 38). Streitig ist lediglich der Umfang der Treuepflicht bei Kapitalgesellschaften. In jedem Fall beinhaltet sie aber die Pflicht, eine Schädigung der Interessen der Gesellschaft zu unterlassen. Eine solche Schädigung der Interessen der GmbH läge aber vor, wenn die Gesellschafter bei ihren Beschlüssen in der Gesellschafterversammlung nicht schuldrechtliche Verpflichtungen der GmbH gegenüber Dritten beachten und damit gegebenenfalls Schadensersatzansprüche auslösen würden. Die Treuepflicht der GmbH-Gesellschafter gegenüber der GmbH beinhaltet damit die Pflicht, bei der Tätigkeit als Organ die Treuepflicht der GmbH

bei der Bestellung des Geschäftsführers beachten, daß die GmbH durch den Treuegedanken gegenüber der Personalgesellschaft gebunden und die Auswahl des Geschäftsführers an Kriterien zu messen ist, die der Treuepflicht gerecht werden.

Wird als Wurzel der Treuepflicht die Förderung des gemeinsamen Zwecks anerkannt²³⁰⁾, so erfährt die aufgestellte These keine Änderung. Der gemeinsame Zweck ist nämlich nicht isoliert vom Zweck im Sinne des § 105 HGB, dem Betrieb eines Handelsgewerbes, zu bestimmen. Der gemeinsame Zweck umfaßt vielmehr den Umstand, welche Leistungen zur Erreichung dieses Zwecks vereinbart wurden. Die Leistung der juristischen Person, die geschäftsführungsbefugt ist, besteht in der Leistung von Diensten, §§ 706 Abs.3 BGB, 105 Abs.2 HGB²³¹⁾. Diese Dienstleistung in Form der Geschäftsführung richtet sich unmittelbar auf

gegenüber der KG zu beachten. Insoweit, nämlich im Rahmen der Organfunktion des Gesellschafters, schlägt die Treuebindung der GmbH gegenüber der KG auf die Treuepflicht des GmbH-Gesellschafters gegenüber der GmbH durch. Ebenso wie die GmbH-Gesellschafter dem Geschäftsführer keine Anweisungen geben dürfen, deren Ausführung im Widerspruch zur Treuepflicht innerhalb der Personengesellschaft steht, müssen sie auch bei ihren eigenen Handlungen die Treuepflicht zur KG beachten. Bei der Beschlußfassung über die Bestellung des Geschäftsführers der GmbH ist es somit dem GmbH-Gesellschafter verboten, seine Stimme für einen Beschluß abzugeben, der gegen die Treuepflicht verstößt. Es handelt sich um einen Fall der Bindung des Stimmrechts durch die Treuepflicht (vgl. dazu ausführlich Zöllner, S.335 ff.).

230) siehe dazu oben S.97.

231) vgl. dazu Sudhoff, NJW 1964, S.1249.

die Verwirklichung des gemeinsamen Zwecks²³²⁾. Da aber die Dienste, die von der juristischen Person zu erbringen sind, tatsächlich nur durch die Organträger erbracht werden können, sofern sie wie im Recht der Personengesellschaft persönlich zu leisten sind, ist es für den Vertragspartner elementar, durch welche natürliche Person die versprochenen Dienste geleistet werden. Die Förderung des gemeinsamen Zwecks beinhaltet daher die Pflicht, bei der Auswahl des Geschäftsführers die Treuebindungen zu beachten.

Dieses durch eine Untersuchung der Vertrauensbeziehungen gewonnene Ergebnis läßt sich durch eine weitere dogmatische Überlegung abstützen: Die Schwierigkeiten bei der Bewertung der Frage, ob der Geschäftsführer unter Berücksichtigung der Treuebindungen zumutbar ist, beruhen auf den Besonderheiten der juristischen Person. Im Gegensatz zur natürlichen Person, bei der als Anknüpfung für die Vertrauensbindung ausschließlich sie selbst in Betracht kommt, ist die juristische Person rechtlich von den in ihr korporierten Personen zu trennen. Diese Unterscheidung der juristischen Person von den in ihr tätigen natürlichen Personen führt zu der Problematik, daß bestimmte Umstände oder Eigenschaften nur bei natürlichen Personen zu finden sind. Bei der Anwendung eines Rechtsbegriffes auf die juristische Person, der -wie die Treuebindung- auf Menschen zugeschnitten ist, weil er "Wesen von Fleisch und Blut"²³³⁾ voraussetzt, ist

232) vgl. Zöllner, S.344.

233) Serick, S.2.

die rechtliche Abstraktion der juristischen Person von ihren natürlichen Personen in Frage gestellt. Die Konstruktion der juristischen Person versagt insoweit, weil für diese Rechtsbegriffe in der juristischen Person kein tatsächlicher Bezugspunkt zu finden ist. Hier kann nur der Durchgriff²³⁴⁾ durch die juristische Person auf die natürlichen Personen eine systemgerechte Lösung bieten. Ebenso wie in den Fällen der Durchgriffshaftung die Konstruktion der juristischen Person ignoriert wird, muß sie auch dann außer Betracht bleiben, wenn bestimmte Umstände denknotwendig auf eine natürliche Person bezogen werden müssen. Daß dies bei den Elementen der Treuebindung der Fall ist, wurde oben herausgearbeitet²³⁵⁾. Die Anwendung der Theorie vom Durchgriff ermöglicht folglich eine Absicherung der These, daß die Eigenschaften, die als bestimmende Faktoren den Treuegedanken ausfüllen, als Eigenschaften der juristischen Person gelten, sofern ihr tatsächlicher Bezug beim Handlungsorgan zu finden ist²³⁶⁾.

Damit ist nachgewiesen, daß die juristische Person als Komplementärin einer Personengesellschaft bei

234) vgl. dazu ausführlich Serick, S.5 ff., ferner z.B. zur "Feindeigenschaft" der juristischen Person S.134 ff.

235) vgl. oben S.98 ff.

236) vgl. auch RGZ 143, S.429, 431, wo die Vertrauenswürdigkeit der juristischen Person nach der Persönlichkeit des Organs beurteilt wird und Eigenschaften im Sinne des § 119 Abs.2 BGB als solche der juristischen Person qualifiziert werden, obwohl sie tatsächlich Eigenschaften des Organs sind.

der Auswahl ihrer Handlungsorgane die Treuepflicht gegenüber der Personalgesellschaft und den übrigen Gesellschaftern beachten muß. Sie darf weder einen objektiv ungeeigneten noch einen unzumutbaren Geschäftsführer bestellen. Die Bestellung des Geschäftsführers kann entgegen der h.M. folglich nicht als "rein interne" Maßnahme der GmbH aufgefaßt werden. Zwar ist die Bestellung insoweit GmbH-intern, als sie formal von der GmbH vollzogen wird. Eine unmittelbare Mitwirkung der übrigen Gesellschafter scheidet aus. Jedoch finden die gesellschaftsvertraglich bedingten Interessen der übrigen Gesellschafter über die Pflicht zur Beachtung der Gesellschaftstreue Berücksichtigung.

Dieses der h.M. widersprechende Ergebnis wird letztlich im Ansatz auch von Anhängern der h.M. befürwortet, jedoch nicht konsequent beachtet. Wenn dargelegt wird²³⁷⁾, daß gerade die Persönlichkeit des Geschäftsführers ausschlaggebend dafür sei, daß die juristische Person in die Personalgesellschaft aufgenommen werde, wenn die langjährige Amtszeit des Organs dafür angeführt wird, daß das Organ und dadurch auch die

237) vgl. die Nachweisungen oben IX 1), S.51; ferner Tillmann, DB 1974, S.1705, 1706: "Gerade bei Publikumsgesellschaften werden die Gesellschafter ihre Beitrittserklärung von der "Persönlichkeit" der Komplementär-GmbH und ihrer Qualität als Manager abhängig machen. Sie müssen wissen, wem sie ihr Geld anvertrauen".

juristische Person mit der Personalgesellschaft ebenso verwachsen seien wie eine natürliche Person als Gesellschafterin²³⁸⁾, so wird unterstellt, daß der Geschäftsführer der GmbH hinsichtlich des Vertrauens die Stellung der natürlichen Person als Gesellschafterin übernimmt. Konsequenz müßten diese Ansichten ebenfalls zu dem Ergebnis gelangen, daß die Auswahl des Geschäftsführers nicht ohne Rücksichtnahme auf die Interessen der Kommanditisten erfolgen dürfe. Wer die Konstruktion der GmbH & Co. deshalb besonders lobt, weil Gesellschaftsfremde²³⁹⁾ die Leitung des Unternehmens übernehmen können und damit materiell eine Drittorganschaft erreicht wird, der müßte konsequent daran denken, daß dieses "Drittorgan" nur von einem Gesellschafter ausgewählt wird und die Gefahr nicht auszuschließen ist, daß beim Wechsel des Organs Streitigkeiten entstehen, die das Unternehmen ruinieren können. Diese Schwierigkeiten vermeidet die hier vertretene Auffassung, indem sie zwar berücksichtigt, daß durch den Abschluß eines Gesellschaftsvertrages mit einer juristischen Person die Auswahl des Organs grundsätzlich Sache der juristischen Person ist. Jedoch führt der das Recht der Personalgesellschaften beherrschende Grundsatz der Gesellschaftstreue dazu, die unerläßliche Vertrauensbasis auch beim Wechsel des Geschäftsführers beizubehalten, wobei durch die Treuepflicht ein flexibler Maßstab gewonnen ist²⁴⁰⁾.

238) vgl. die Verweisung in Fn.237.

239) siehe oben V 1), S.14 ff.

240) Dies stellt einen wesentlichen Vorteil im Unterschied zu vertraglichen Gestaltungen dar, vgl. oben X), S.88 f.

3) Der Umfang der Treuepflicht bei der Bestellung des Geschäftsführers

"Das Problem ist nicht, ob überhaupt, sondern in welchem Umfang und in welcher Weise die Treuepflicht in unserem Recht eine Rolle spielt". Mit diesen Worten hat Hueck²⁴¹⁾ die Schwierigkeiten bei der Erfassung der Treuepflicht und der Bestimmung ihres Inhalts herausgestellt. Einigkeit besteht darin, daß sich eine allgemeine Formel nicht finden läßt, sondern nur an Hand verschiedener Kriterien sich Regeln für den Einzelfall aufstellen lassen²⁴²⁾. Daher können im folgenden auch nur Anhaltspunkte herausgearbeitet werden, die zur Lösung der Frage beitragen, welche Beschränkungen die GmbH-Gesellschafter bei der Auswahl des Geschäftsführers aus der Treuepflicht treffen. Keinesfalls kann eine Regel gefunden werden, wonach bei jeder GmbH & Co. bestimmte Richtlinien zu beachten sind. Denn die Treuepflicht ist kein feststehender Faktor, sondern eine variable Größe²⁴³⁾. Folglich sind die aus der Treuepflicht abzuleitenden Beschränkungen verschieden.

Bei der Bestimmung des Rahmens der Treuepflicht können als Richtschnur folgende Grenzpositionen

241) Hueck, Sitzungsberichte, S.5.

242) Fischer in Großkomm. HGB, § 105, Anm.31 a; Westermann, Hdb., Rz.241 ff.; Zöllner, S.337 ff.

243) vgl. Zöllner, S.338, 343; Westermann, Vertragsfreiheit, S.144.

herausgestellt werden²⁴⁴⁾: Die Treuepflicht ist dann verletzt, wenn die GmbH einen Geschäftsführer bestellt, in dessen Person solche Umstände liegen, die als wichtiger Grund im Sinne der §§ 117, 127, 133, 140 HGB eine Gestaltungsklage gegen die GmbH rechtfertigen würden²⁴⁵⁾. Denn der GmbH kann es nicht gestattet sein, durch die Wahl eines bestimmten Geschäftsführers solche Zerwürfnisse unter den Gesellschaftern herbeizuführen, daß sogar der Entzug der Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis, ihr Ausschluß oder die Auflösung materiellrechtlich zulässig wäre.

Stellt damit das Vorliegen eines wichtigen Grundes im Sinne der genannten Vorschriften den Fall dar, bei dem zweifelsohne die Treuepflicht verletzt ist, so ist auf der anderen Seite als Schwelle des Treueverstoßes folgende Grenze festzulegen: Die übrigen Gesellschafter können die Person des Geschäftsführers hinsichtlich der notwendigen Vertrauensbasis nicht danach beurteilen, ob sie ihn als Gesellschafter in die Personengesellschaft aufnehmen würden. Denn die Gesellschafter wissen, daß eine juristische Person ihr Mit-

244) Unabhängig von der Treuepflicht ist es der GmbH untersagt, unter Verstoß gegen § 226 BGB oder § 138 BGB einen Geschäftsführer zu bestellen. Die recht engen tatbestandlichen Voraussetzungen dieser Vorschriften bewirken jedoch, daß der Fall des Verstos- ses gegen das Schikaneverbot bzw. die guten Sitten in der Praxis bedeutungslos sein wird.

245) vgl. dazu, daß der wichtige Grund, der aus der Person des Geschäftsführers folgt, als solcher der GmbH zu werten ist, unten XII), S.117 ff.

gesellschafter und damit ein Gesellschaftsfremder in der Geschäftsführung tätig ist. Sie können das unter Gesellschaftern vorhandene Maß an Vertrauen nicht auf den Geschäftsführer übertragen. Das Maß an Vertrauen ist zwingend geringer als unter den Gesellschaftern, zumal der Geschäftsführer nach § 38 Abs.2 GmbHG jederzeit abberufen werden kann, während beim Gesellschafter zur Beseitigung von Zwistigkeiten ein wichtiger Grund und darüber hinaus das umständliche Verfahren einer Gestaltungsklage erforderlich sind. Da somit ein einmal bestellter Geschäftsführer im Fall seiner Unfähigkeit oder Vertrauenslosigkeit schnell wieder entfernt werden kann, können die übrigen Gesellschafter seiner Bestellung unter dem Gesichtspunkt des Treueverstosses nur dann widersprechen, wenn Gründe für ein erhebliches Zerwürfnis wegen der Person des Geschäftsführers vorliegen.

Im übrigen muß bei einer GmbH & Co. davon ausgegangen werden, daß gerade bei ihr das Spektrum der Treuepflicht als einer variablen Größe besonders breit ist. Allein die Tatsache, daß die GmbH & Co. durch die Mitgliedschaft der GmbH einen kapitalistischen Einschlag erhält²⁴⁶⁾, verdeutlicht, daß sich schon dadurch ein gewich-

246) Die GmbH & Co. gilt als Musterfall einer körperschaftlich strukturierten Personengesellschaft, vgl. Westermann, Hdb., Rz. 159; Schilling in Großkomm. HGB, Vorbem. vor § 161, Anm.6; Paulick, S.171, Fn.164; Nitschke, S.13; Schlegelberger-Geßler, § 161, Rn.31; Boesebeck, S.17f.

tiger Unterschied zur rein personalistisch ausgeformten Gesellschaft ergibt. Ferner kann die GmbH & Co. als solche stärker personalistisch oder körperschaftlich organisiert sein²⁴⁷⁾. Je stärker aber das körperschaftliche Element ausgeprägt ist, um so geringer muß die Intensität der Treuepflicht bewertet werden. So bestehen, um nur ein Beispiel anzuführen, erhebliche Unterschiede in der Treuepflicht einer großen Abschreibungsgesellschaft²⁴⁸⁾ und einer kleinen Familiengesellschaft, bei der ein Familienstamm seine Beteiligung durch eine GmbH verwaltet, während ein anderer über Kommanditanteile verfügt.

Aus dieser allgemeinen Unterschiedlichkeit in der Ausgestaltung der Gesellschaften folgen für die Stärke der Treuepflicht drei maßgebliche Kriterien: Die Intensität des Gemeinschaftsverhältnisses, das Maß des gegenseitigen Vertrauens und die Eigenart der eingeräumten Rechtsmacht²⁴⁹⁾.

247) vgl. dazu Sudhoff, GmbH & Co., S.41 ff., 44 ff.

248) Hier kann sogar eine ausschließlich kapitalistische Beteiligung des Kommanditisten gewollt sein, so daß ihm jeglicher Einfluß auf die Gesellschaft entzogen sein soll. Es bestehen dann im Hinblick auf die Geschäftsführerbestellung keinerlei Treuebindungen, vgl. auch Klamroth, S.27.

249) vgl. Zöllner, S.338; ihm folgend Westermann, Hdb., Rz.241; im Grunde ist mit diesen Kriterien auf den ersten Blick mehr gewonnen, als es tatsächlich der Fall ist. Denn sie stehen in einem derart starken funktionalen Zusammenhang, daß sie sich gegenseitig bedingen.

Zur Ausfüllung dieser Kriterien ist die Ausgestaltung des Gesellschaftsvertrages ein wesentlicher Faktor. Dabei werden für die Ermittlung der Treuepflichten im Hinblick auf die Bestellung des Geschäftsführers der GmbH folgende Anhaltspunkte Bedeutung erlangen: Einmal muß darauf abgestellt werden, ob die GmbH als einzige Komplementärin in der Geschäftsführung -abweichend vom gesetzlichen Typus- freier ist, ob also die Verwaltungsrechte der Kommanditisten weitgehend beseitigt sind. Zum anderen ist erheblich, in welcher intensiver Form die Kommanditisten vertraglich gebunden sind, ob etwa eine freie Übertragbarkeit des Kommanditanteils möglich ist. Auch die satzungsmäßige Ausgestaltung der Geschäftsführerstellung in der GmbH-Satzung ergibt insoweit Anhaltspunkte, als hieraus die Macht des Geschäftsführers abgeleitet werden kann. So kann einem Aufsichts- bzw. Beirat eine weitgehende Kontrolle der Geschäftsführung eingeräumt sein. Auch die katalogmäßige Festlegung wichtiger und damit zustimmungsbedürftiger Geschäfte²⁵⁰⁾ ist ein weiterer Aspekt zur Ermittlung des dem Geschäftsführer entgegengebrachten Vertrauens. Desweiteren kann, sofern mehrere Geschäftsführer vorhanden sind, zur Beurteilung herangezogen werden, ob sie allein- oder gesamtvertretungsbefugt sind. Daneben muß als weiteres Indiz berücksichtigt werden, ob die GmbH als reine Dienstleistungsgesellschaft die Geschäfte der KG führt oder ob sie dies nur nebenbei erledigt und ihr eigener Geschäftsbetrieb das Haupt-

250) vgl. Krollmann, S.72 f., 95; Tillmann, S.20; Sudhoff, GmbH & Co, S.489, 448, 576 f; 533 f.

gewicht ihrer Betätigung darstellt. Auch das Geschäftsvolumen kann im Zusammenhang mit der Bestellung der Geschäftsführer Bedeutung erlangen, so etwa zur Beurteilung der Frage, wieviel Geschäftsführer die GmbH bestellen darf²⁵¹⁾. Die

251) Sofern der gesetzlichen Regelung entsprechend (vgl. Fischer in Großkomm. HGB, § 114, Anm. 13) der GmbH ein Vergütungsanspruch für ihre Tätigkeit als geschäftsführende Gesellschafterin nicht zusteht, kann den übrigen Gesellschaftern keinerlei Einfluß darauf zugebilligt werden, wieviel Geschäftsführer von der GmbH bestellt werden. Denn die GmbH hat die Kosten, die aus der Geschäftsführung entstehen, selbst zu tragen, so daß sich durch eine zu große Anzahl von Geschäftsführern ihr Gewinn mindert. Fallen die Kosten der Geschäftsführung im Innenverhältnis hingegen der KG zur Last (vgl. Hesselmann, S.88; ferner oben VIII), S.36 f.), indem im Gesellschaftsvertrag vereinbart wurde, daß entweder die Aufwendungen der GmbH für Geschäftsführergehälter, Tantiemen, usw. von der KG erstattet oder die Dienstverträge der Geschäftsführer unmittelbar mit der KG abgeschlossen werden, so werden durch einen übermäßigen Aufwand in der Geschäftsführung die Gewinne der Kommanditisten ebenso geschmälert wie der der GmbH. Hier muß zunächst davon ausgegangen werden, welche Satzungsbestimmungen zur Frage der Anzahl der Geschäftsführer die GmbH-Satzung zur Zeit aufwies, als die GmbH & Co. gegründet wurde. Denn die übrigen Gesellschafter können nicht einwenden, die im Gesellschaftsstatut festgelegte Anzahl von Geschäftsführern sei zu hoch, wenn sie in Kenntnis dieses Statuts den Gesellschaftsvertrag geschlossen haben. Enthält der GmbH-Vertrag jedoch die übliche Klausel, die Gesellschaft hat einen oder mehrere Geschäftsführer, so stellt sich das Problem, ob die GmbH in unbeschränkter Anzahl Geschäftsführer bestellen darf, wenn deren Kosten im Ergebnis die KG treffen. Hier muß es als ein Verstoß gegen die Interessen der Gesellschaft und als

Tatsache, ob weitere persönlich haftende Gesellschafter, die durch den Geschäftsführer verpflichtet werden können, vorhanden sind, stellt einen weiteren wichtigen Hinweis für die Intensität der Treuebindung dar. Diese Aufzählung von für die Bestimmung der Intensität der Treuepflicht maßgeblichen Kriterien könnte beliebig fortgesetzt werden. Im folgenden sollen zwei Fälle exemplarisch dargestellt werden: Nämlich einmal die sich aus der Treuepflicht ergebenden Folgen, wenn sich aus der Person des Geschäftsführers ein wichtiger Grund im Sinne der gesellschaftsrechtlichen Gestaltungs-klagen ergibt. Zum anderen sollen die Kriterien ermittelt werden, die die GmbH hinsichtlich der Qualifikation des Geschäftsführers zu beachten hat.

Verstoß gegen die Treuepflicht angesehen werden, wenn die GmbH mehr Geschäftsführer bestellt, als dies nach dem Geschäftsumfang erforderlich ist. Dabei muß als Vergleich die übliche Anzahl an Geschäftsführern bei branchengleichen Unternehmen herangezogen werden. Die unbestimmte Festlegung der Geschäftsführerzahl im GmbH-Statut hat nämlich nur die Funktion, weitere Geschäftsführer ohne Satzungsänderung bestellen zu können, sofern hierfür ein Bedürfnis besteht. Jedoch stellt es einen treuwidrigen Mißbrauch des Rechts, auf Kosten der KG Geschäftsführer bestellen zu können, dar, wenn sich diese Bestellung nicht ausschließlich an betrieblichen Notwendigkeiten orientiert.

XII) Der aus der Person des Geschäftsführers
folgende wichtige Grund im Sinne der ge-
sellschaftsrechtlichen Gestaltungsanlagen
(§§ 117, 127, 133, 140 HGB)

In der GmbH & Co. kann eine Vertrauenskrise unter den Gesellschaftern entstehen, die ihre Ursache in Umständen in der Person des Geschäftsführers der Komplementär-GmbH hat und die ein solches Ausmaß erreicht, daß materiell die Voraussetzungen eines wichtigen Grundes erfüllt sind. Entschließt sich die GmbH nicht zur Abberufung des Geschäftsführers und beseitigt hierdurch die Ursache der Störung nicht, etwa weil sie das Vertrauensverhältnis zum Geschäftsführer als nicht beeinträchtigt beurteilt oder trotz vorhandener Schwierigkeiten den Geschäftsführer auch im Verhältnis zu den übrigen Kommanditisten für zumutbar hält, so erhebt sich die Frage, ob die übrigen Gesellschafter notfalls zwangsweise eine Auswechslung des Geschäftsführers erreichen können. Ausgangspunkt der Untersuchung muß dabei sein, inwieweit die Gestaltungsanlagen zu diesem Ziel führen können.

1) Die Funktion der gesellschaftsrechtlichen Gestaltungsanlagen

Die Position des einzelnen Gesellschafters ist durch den Abschluß des Gesellschaftsvertrages derart gefestigt, daß Eingriffe in seine Gesellschafterstellung und die daraus folgenden Befugnisse nur mit seiner Zustimmung erfolgen kön-

nen²⁵²⁾. Diese aus dem Einstimmigkeitsprinzip sich ergebende Erhaltung des bestehenden Zustandes²⁵³⁾ bedingt dann Interessenkonflikte unter den Gesellschaftern, wenn sich solche Umstände in ihrer Person ändern, die für den Abschluß des Gesellschaftsvertrages maßgeblich waren. Hier erweisen sich die Gestaltungsklagen als Notbehelf zur Korrektur des Einstimmigkeitsprinzips, wenn sich die Gesellschafter vor dem Verhalten oder den Eigenschaften eines Gesellschafters schützen müssen. Dieser Schutz ist dann notwendig, wenn ein Gesellschafter die in ihn beim Vertragsschluß gesetzten Erwartungen nicht erfüllt, so daß es zur Begründung eines Gesellschaftsverhältnisses nicht gekommen wäre oder der Vertrag eine andere Ausgestaltung erfahren hätte. Später auftretende und nicht vorhersehbare Umstände rechtfertigen folglich einen Eingriff in den Gesellschaftsvertrag, unter Ausschluß des Einstimmigkeitsprinzips, um Störungen des Gesellschaftsverhältnisses zu beseitigen. Dabei schützt das Gesetz den Gesellschafter, in dessen Position eingegriffen werden soll in doppelter Hinsicht: Einmal ist bei allen Gestaltungsklagen Voraussetzung, daß ein wichtiger Grund den angestrebten Eingriff rechtfertigt. Zum anderen unterliegt die Feststellung des wichtigen Grundes und der Vollzug des Eingriffs nicht der Dis-

252) Die Vereinbarung der Änderung des Gesellschaftsvertrags durch Mehrheitsbeschluß -vgl. hierzu und zu den Grenzen der Mehrheitsentscheidung Nitschke, S.85 ff.- bleibt außer Betracht.

253) vgl. dazu Zöllner, S.94.

position der Gesellschafter, vielmehr ist ein Hoheitsakt in Form eines Gestaltungsurteils erforderlich²⁵⁴⁾. Mit Ausnahme der Auflösung der Gesellschaft ist Ziel des Eingriffs, die Gesellschaft zu erhalten und drohenden Schaden von ihr abzuwenden²⁵⁵⁾.

Diese Funktion der Gestaltungsklagen bleibt auch dann unverändert, wenn eine juristische Person Gesellschafterin ist und die Gestaltungsklage aus Gründen erhoben wird, die aus ihr folgen²⁵⁶⁾. Darüber hinaus ergeben sich auch keine Abweichungen von der üblichen Problemgestaltung, wenn die juristische Person einzige geschäftsführungs- und vertretungsberechtigte Gesellschafterin ist und ihr die Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis entzogen²⁵⁷⁾ oder sie ausgeschlossen werden soll²⁵⁸⁾. Freilich zeigt sich gerade bei der -in der Praxis häufigen- GmbH & Co. KG²⁵⁹⁾,

254) Diese gesetzlichen Voraussetzungen sind allerdings abdingbar, vgl. Schlegelberger-Geßler, § 117, Rn.14 ff.; § 127, Rn.11; § 133, Rn.29 ff.; § 140, Rn.17 ff. Lediglich das außerordentliche Kündigungsrecht darf nach § 133 Abs.3 HGB nicht ausgeschlossen werden.

255) vgl. dazu RGZ 146, S.169, 180 sowie Rinsche, S.20 f., unter Hinweis auf die Denkschrift zu dem Entwurf eines Handelsgesetzbuches und eines Einführungsgesetzes, S.100.

256) vgl. Hesselmann, S.83, 101, 119 f.; Brönnert-Bünz. S.99; Sudhoff, GmbH & Co, S.190; Cahn, S.52 f.; Tillmann, DB 1974, S.1705 ff.; Köhler, S.254.

257) vgl. hierzu Fischer in Großkomm. HGB, § 127, Anm.4 m.w.N.

258) vgl. Ulmer in Großkomm. HGB, § 140, Anm.23 f. m.w.N.

259) vgl. oben II), S.5.

daß die Gestaltungs-klagen letztlich zur Liquidation der Gesellschaft führen und daher schon vom wirtschaftlichen Ergebnis ein wenig geeignetes Mittel zur Beseitigung von Störungen sind. Ferner stellt sich bei der teilweisen personenidentischen GmbH & Co. KG²⁶⁰⁾ das besondere Problem, daß sich Gesellschafter, die zugleich der GmbH angehören, im Ergebnis mit einer Gestaltungs-klage überziehen müßten, wenn diese Klage auch formal gegen die juristische Person gerichtet ist²⁶¹⁾. Ergeben sich grundsätzlich bei der Anwendung der Gestaltungs-klagen auch im Fall einer GmbH & Co. keine Schwierigkeiten, so bedarf es einer näheren Untersuchung zur Ermittlung des wichtigen Grundes bei einer Komplementär-GmbH.

2) Der wichtige Grund bei einer Komplementär-GmbH

Bei einer GmbH, die als Komplementärin einer Personengesellschaft angehört, finden sich zur Ermittlung des wichtigen Grundes im Sinne der Gestaltungs-klagen drei denkbare Ansatzpunkte: Zunächst einmal kann sich der wichtige Grund aus der juristischen Person als solcher ergeben, etwa aus der Veränderung ihrer körperschaftlichen Verfassung oder ihrer Vermögenslage. Sodann kann der wichtige Grund aus dem Verhalten der Gesellschafter der GmbH gefolgert werden, das sich in ihrer Tätigkeit als Organmitglieder des Organs

260) siehe zum Begriff oben II), S.5.

261) vgl. Tillmann, DB 1974, S.1705.

"Gesellschafterversammlung" zeigt. Daneben muß aber auch das außergesellschaftliche, nämlich das private Verhalten der GmbH-Gesellschafter grundsätzlich als Anknüpfungspunkt für einen wichtigen Grund herangezogen werden. Schließlich sind das Verhalten und die Eigenschaften des Handlungsorgans der juristischen Person für die Ermittlung eines wichtigen Grundes relevant, wobei wiederum das organschaftliche Handeln vom privaten zu trennen ist. Im Hinblick auf die Zielsetzung der Untersuchung beschränkt sich die Erörterung auf den letzten Gesichtspunkt.

Grundsätzlich ist bei einer GmbH als Gesellschafterin einer Personalgesellschaft davon auszugehen, daß gerade die Umstände, die bei einer natürlichen Person den wichtigen Grund ausmachen, beim Geschäftsführer als Handlungsorgan zu finden sind. Die Unterlassung der Buchführungspflicht oder die falsche Buchführung, die leichtfertige Geschäftsführung oder die eigenmächtige Überschreitung der Geschäftsführungsbefugnisse, die heimliche Vorbereitung eines Konkurrenzgeschäfts, die Unterschlagung von Gesellschaftsgegenständen, die Annahme von Schmiergeldern sowie die mangelnde Offenheit gegenüber den übrigen Gesellschaftern bzw. einem Beirat sind typische Beispiele für einen wichtigen Grund, den der Geschäftsführer der GmbH anstelle einer natürlichen Person als Gesellschafterin verwirklichen kann.

Nach der Organtheorie²⁶²⁾ sind Handlungen des

262) vgl. dazu z.B. Staudinger-Coing, § 26, Anm.10.

Geschäftsführers in seiner Eigenschaft als Organ Handlungen der juristischen Person. Sofern diese Handlungen als Anknüpfungstatsachen für einen wichtigen Grund in Betracht kommen, liegt ein wichtiger Grund gegen die GmbH vor, ohne daß es einer besonderen Zurechnungsnorm bedarf²⁶³⁾.

Begeht also der Geschäftsführer grobe Pflichtverletzungen oder ist er zur ordnungsgemäßen Geschäftsführung unfähig, so kann der GmbH nach den §§ 117, 127 HGB die Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis entzogen werden.

War bei den soeben angeführten Fällen die Übertragung von beim Geschäftsführer vorliegenden Umständen auf die GmbH einfach, so erscheint dies problematischer, wenn der Geschäftsführer die Umstände oder Eigenschaften, die als wichtiger Grund gelten sollen, außerhalb seiner Organstellung verwirklicht²⁶⁴⁾. Es kann sich dabei um Umstände aus dem Privatleben handeln, ohne daß dem Geschäftsführer ein betriebliches Versagen vorgeworfen werden kann, gleichwohl jedoch eine Ausstrahlung der im pri-

263) vgl. auch Cahn, S.52; Hesselmann, S.119 f.; Köhler, S.254; Tillmann, DB 1974, S.1705, 1706 mit dem allerdings nicht überzeugenden Hinweis auf § 31 BGB, der nur Schadensersatzansprüche erfaßt. Auf der gleichen Ebene liegt, daß das Handeln des gesetzlichen Vertreters eines Gesellschafters als wichtiger Grund gegen den Vertretenen herangezogen werden kann, vgl. ferner RGZ 105, S.376,377; Fischer in Großkomm. HGB, § 127, Anm.23; Ulmer in Großkomm. HGB, § 133, Anm.36; § 140, Anm.7.

264) Hierauf gehen die in Fn.263) Genannten nicht ein.

vaten Bereich verwirklichten Umstände in das Gesellschaftsleben gegeben ist. Hier ist etwa an die Verurteilung wegen einer strafbaren Handlung von einer gewissen Bedeutung, an sittliche Verfehlungen, an Drogenabhängigkeit oder Alkoholmißbrauch zu denken. Auch ein außergewöhnlicher Spieltrieb und die Beleidigung anderer Gesellschafter aus privatem Anlaß gehören ebenso hierher wie ehebrecherische Beziehungen zu Gesellschafterehefrauen, obwohl bei den beiden zuletzt genannten Fällen ein Bezug zum Gesellschaftsleben gegeben ist. Der innere Zusammenhang mit der Organstellung fehlt jedoch gleichermaßen. Hier zeigt sich, daß durch die Aufnahme einer juristischen Person in die Personalgesellschaft ein Gesellschaftsfremder, nämlich das Handlungsorgan, Gelegenheit hat, unmittelbar in die Beziehungen der Gesellschafter einzugreifen, ohne selbst den Bindungen durch den Gesellschaftsvertrag unterworfen zu sein.

Bei der natürlichen Person als Gesellschafterin kann sich der wichtige Grund auch aus dem privaten, außergesellschaftlichen Verhalten ergeben²⁶⁵⁾. Lediglich die Anforderungen an die Voraussetzung des wichtigen Grundes sind schärfer zu bemessen,

265) vgl. Ulmer in Großkomm. HGB, § 133, Anm. 30; Fischer in Großkomm. HGB, § 117, Anm. 7 a; Hueck, S. 374, Fn. 11; RG, LZ 1914, S. 1036, 1037 (Vermögensverfall); BGH, WM 1961, S. 886, 888 (Verurteilung zu entehrender Strafe); BGHZ 4, S. 108, 114; 46, S. 392, 394 (ehebrecherisches Verhalten bei Ehegatten als Gesellschafter bzw. zur Ehefrau des Mitgesellschafters); BGHZ 4, S. 108, 115; BGH, NJW 1969, S. 793, 794 (Denunziation eines Mitgesellschafters).

wenn Vorgänge aus dem privaten Lebensbereich zum Anlaß einer Gestaltungs-klage gemacht werden. So muß die private Verfehlung sich unmittelbar gegen den persönlichen Lebensbereich eines Mitgesellschafter's richten und damit als schwere Verletzung der gebotenen Rücksicht zu qualifizieren sein²⁶⁶⁾. Oder die private Verfehlung muß sich unmittelbar geschäftlich auswirken und zu einer feststellbaren Schädigung des Unternehmens führen²⁶⁷⁾. Die Einbeziehung privater Verfehlungen in den Rechtsbegriff des wichtigen Grundes rechtfertigt sich aus der Treuepflicht, die jedem Gesellschafter gebietet, allgemein in seinen Handlungen auf die Interessen der Gesellschaft und Mitgesellschafter Rücksicht zu nehmen²⁶⁸⁾.

Da aber der Geschäftsführer der gesellschaftlichen Treuepflicht nicht unterliegt, kann seine private Verfehlung nur dann Gegenstand eines wichtigen Grundes gegen die GmbH sein, wenn eine Möglichkeit der Zurechnung gegeben ist. Hierfür bietet sich die in der Literatur einhellig vertretene Auffassung zum Begriff des wichtigen Grundes an: Der wichtige Grund im Sinne der §§ 117, 127 HGB braucht sich nicht aus der Person des Gesellschafters zu ergeben²⁶⁹⁾, erforderlich ist nur,

266) vgl. dazu z.B. BGH, NJW 1973, S.92.

267) vgl. BGH, aaO., sowie BGHZ 4, S.108, 113 f.

268) siehe Ulmer in Großkomm. HGB, § 133, Anm.30.

269) vgl. Fischer in Großkomm. HGB § 117, Anm.4, der freilich meint, ein nicht in der Person des Gesellschafters liegender wichtiger Grund sei "kaum vorstellbar"; Schlegelberger-Geßler, § 117, Rn.4; Westermann, Rz.218; Heymann-Kötter, 117, Anm.3.

daß die Umstände, aus denen der wichtige Grund folgen soll, die Tätigkeit des Gesellschafters für die anderen Gesellschafter unzumutbar machen. Gleiches gilt für den wichtigen Grund nach § 133 HGB²⁷⁰⁾. Gerade die juristische Person stellt ein instruktives Beispiel dafür dar, daß auch ein nicht persönliches Verhalten eines Gesellschafters zum wichtigen Grund führen kann. Denn die juristische Person wird allgemein in ihrem Verhalten beurteilt, wie die sie repräsentierenden natürlichen Personen auftreten und welche Eigenschaften diesen Personen zukommen. So wird das individuelle Ansehen der juristischen Person wesentlich danach bestimmt, welche Wertschätzung ihre Gesellschafter und Handlungsorgane genießen. Umgekehrt schlagen negative Werturteile über diese Personen auf die juristische Person durch. Es ist daher gerechtfertigt, bei der juristischen Person auch das private Verhalten des Geschäftsführers zur Ausfüllung des wichtigen Grundes im Sinne der §§ 117, 127, 133 HGB heranzuziehen²⁷¹⁾.

270) Hueck, S.374; Ulmer in Großkomm. HGB, § 133, Anm.16; Schlegelberger-Geßler, § 133, Rn.4.

271) Die oben S.119 f. genannten engeren Voraussetzungen des wichtigen Grundes im privaten Bereich müssen auch hier gelten. Darüber hinaus kann im Einzelfall der wichtige Grund eine weitere Relativierung erfahren, weil das Verhalten des Geschäftsführers nicht stets dem des Gesellschafters gleichgesetzt werden kann. So kann beim Ehebruch des Gesellschafters mit der Ehefrau des Mitgesellschafters ein wichtiger Grund zu bejahen sein, während das gleiche Verhalten des Geschäftsführers noch nicht ohne weiteres diese Voraussetzung erfüllen muß.

Schwieriger erscheint dies hingegen beim wichtigen Grund nach § 140 HGB. Denn dieser muß sich nach dem Gesetzeswortlaut aus der Person des Gesellschafters ergeben. Jedoch läßt auch diese Vorschrift einen Ausweg offen, um das private Verhalten des Geschäftsführers als wichtigen Grund in der Person der GmbH zu qualifizieren: Ein persönlicher Grund liegt auch dann vor, wenn er aus dem Verhalten einer dem Gesellschafter nahestehenden Person folgt²⁷²⁾. Mithin ist es ausreichend, wenn der wichtige Grund derart mit der Person des Gesellschafters zusammenhängt, daß gerade hierdurch die Gefährdung der Gesellschaft hervorgerufen wird. Diese extensive Auslegung des Tatbestandsmerkmals "in der Person des Gesellschafters" rechtfertigt sich deswegen, weil es lediglich die Funktion hat, den wichtigen Grund im Verhältnis zu § 133 HGB einzuschränken. Es soll verhindert werden, daß wegen objektiver Umstände²⁷³⁾, etwa Unrentabilität oder Zweckverfehlung der Gesellschaft, ein Ausschluß erfolgen kann²⁷⁴⁾. Als Gründe in der Person des Gesellschafters sind also nicht nur seine persönlichen Eigenschaften, sondern alle Gründe zu verstehen, die mit seiner Per-

272) vgl. Schlegelberger-Geßler, § 140, Rn.2; Weipert in HGB-RGRK, § 140, Anm.5; Ulmer in Großkomm. HGB, § 140, Anm.7; Westermann, Hdb., Rz.407; BGH, WM 1958, S.49, 50; WM 1961, S.886, 888; RG, JW 1938, S.2214.

273) vgl. dazu Ulmer in Großkomm. HGB, § 133, Anm.37 ff.

274) Ebenso sollen Umstände, die in der Person des auf Ausschließung Klagenden liegen, nicht als wichtiger Grund gelten, vgl. Heymann-Kötter, § 140, Anm.2.

son in der Weise zusammenhängen, daß sie durch seinen Ausschluß beseitigt werden²⁷⁵⁾.

Der Geschäftsführer ist als Organ in die GmbH inkorporiert; er ist ein "Stück"²⁷⁶⁾ der GmbH. Störungen, die von seiner Person ausgehen, müssen folglich auch im Rahmen des § 140 HGB als wichtiger Grund in der Person der GmbH angesehen werden, wenn sie außerhalb der Organfunktion verursacht werden. Denn auch diese Störung kann grundsätzlich dadurch beseitigt werden, daß die GmbH aus der Gesellschaft entfernt wird.

Zusammenfassend ist festzustellen, daß das Verhalten oder Eigenschaften des Geschäftsführers stets zur Bestimmung eines wichtigen Grundes in der GmbH herangezogen werden können, sei es, daß zu lasten der GmbH über die Organtheorie eine Zurechnung erfolgt, sei es, daß der Rechtsbegriff des "wichtigen Grundes" auch Umstände außerhalb der Organstellung in die Subsumtion aufnimmt.

Zur Ergänzung ist darauf zu verweisen, daß es nicht stets der Anknüpfung an die Umstände in der Person des Geschäftsführers bedarf, um einen wichtigen Grund in der GmbH zu konstruieren: Der wichtige Grund ergibt sich nämlich auch unmittelbar aus der GmbH, wenn als Ansatzpunkt die unterlassene Abberufung durch die Gesellschafterversammlung gewählt wird. Ist der Geschäftsführer zur ordnungsgemäßen Geschäftsführung unfähig, begeht

275) vgl. Ulmer in Großkomm. HGB, § 140, Anm.7.

276) siehe Feine, S.466.

er grobe Pflichtverletzungen oder verursacht er Störungen, die die materiellen Voraussetzungen einer Klage nach § 133 oder § 140 HGB erfüllen, so muß die GmbH als verpflichtet angesehen werden, diesen Geschäftsführer abzuberufen und einen neuen zu bestellen. Denn durch einen solchen Geschäftsführer verletzt sie die ihr obliegende Verpflichtung zur ordnungsgemäßen Geschäftsführung. Duldet die Gesellschafterversammlung das Verhalten des Geschäftsführers, indem sie seine Abberufung unterläßt, oder deckt sie es sogar, so begeht sie selbst eine Pflichtverletzung, aus der ein wichtiger Grund folgt.

Hierbei muß jedoch beachtet werden, daß diese beiden verschiedenen Anknüpfungspunkte für die Ermittlung des wichtigen Grundes, einerseits die Umstände in der Person des Geschäftsführers, andererseits die Unterlassung seiner Abberufung durch die Gesellschafterversammlung, zu unterschiedlichen Ergebnissen führen können. Zwar sind zunächst die tatsächlichen Umstände, aus denen der wichtige Grund folgt, die gleichen: Während im ersten Fall der wichtige Grund sich unmittelbar aus der Person des Geschäftsführers ergibt, dienen im zweiten Fall die gleichen Tatsachen als Vorstufe dazu, den wichtigen Grund im Verhalten der Gesellschafterversammlung festzustellen. Die tatsächlichen Beurteilungsgrundlagen sind somit identisch.

Jedoch sind darüber hinaus beim wichtigen Grund in der Gesellschafterversammlung die Umstände mit heranzuziehen, die die Gesellschafterversammlung veranlaßt haben, in Kenntnis des Verhaltens

des Geschäftsführers von einer Abberufung Abstand zu nehmen. Die Ermittlung des wichtigen Grundes, die sich in der Abwägung der zweiseitigen Zumutbarkeitsfrage ²⁷⁷⁾ vollzieht, muß zusätzlich berücksichtigen, ob die Abberufung des Geschäftsführers den GmbH-Gesellschaftern zumutbar war. Hierbei sind die Belange der GmbH zu würdigen, insbesondere welche Folgen die Abberufung ihres Geschäftsführers für sie hat ²⁷⁸⁾.

Kein Hindernis wird zunächst die im GmbH-Statut festgelegte Beschränkung des Widerrufs auf den Fall des wichtigen Grundes sein (§ 38 Abs.2 GmbHG). Denn wenn der Geschäftsführer durch seine Person im Verhältnis zur Personengesellschaft die Voraussetzungen eines wichtigen Grundes nach den gesellschaftsrechtlichen Gestaltungsclagen schafft, so muß dies gleichzeitig auch als wichtiger Grund im Sinne des § 38 GmbHG qualifiziert werden können. Denn das Interesse der GmbH, das für die Bestimmung des wichtigen Grundes nach § 38 GmbHG maßgeblich ist ²⁷⁹⁾, verlangt stets, daß die GmbH nicht deswegen die ihr nach dem Gesellschaftsvertrag zugewiesene Funktion verliert, weil aus der Person ihres Geschäftsführers Störungen erfolgen.

Dagegen kann die Abberufung, jedenfalls die sofortige, der Gesellschafterversammlung dann un-

277) vgl. Westermann, Hdb., Rz.218.

278) vgl. dazu Fischer in Großkomm. HGB, § 117, Anm. 7 b.

279) vgl. Hachenburg-Schilling, § 38, Anm.11.

zumutbar sein, wenn aus dem Dienstvertrag erhebliche finanzielle Ansprüche des Geschäftsführers erwachsen. Dies ist auch möglich, wenn ein wichtiger Grund zum Widerruf vorliegt. Denn der wichtige Grund nach § 38 Abs.2 GmbHG ist in seinen tatbestandlichen Voraussetzungen nicht mit dem wichtigen Grund nach § 626 BGB, der die außerordentliche Kündigung des Dienstvertrages regelt, identisch. Nach § 626 BGB muß nämlich -neben anderen Voraussetzungen- die Fortsetzung des Dienstverhältnisses bei "Abwägung der Interessen beider Vertragsteile" unzumutbar sein. Im Gegensatz zu § 38 Abs.2 GmbHG sind die Interessen beider Vertragsteile zu berücksichtigen, so daß das Erhaltungsinteresse des Geschäftsführers an der Fortsetzung des Dienstvertrages mindestens bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigung gleichberechtigt neben den Interessen der Gesellschaft steht²⁸⁰⁾. Folglich ist denkbar, daß im Einzelfall trotz der Zulässigkeit der Abberufung aus wichtigem Grund eine fristlose Kündigung des Anstellungsvertrages unzulässig ist. In diesem Fall unterläßt die Gesellschafterversammlung aus wirtschaftlichen Erwägungen heraus die sofortige Abberufung, ohne daß hieraus ein wichtiger Grund im Sinne der Gestaltungsklagen abgeleitet werden kann.

Eine ähnliche Situation ergibt sich, wenn die GmbH neben ihrer Geschäftsführertätigkeit einen eigenen Geschäftsbetrieb unterhält. Hier kann

280) vgl. auch BGH, VersR 1969, S.38; LAG Düsseldorf, BB 1966, S.1105.

die Gesellschafterversammlung ein Interesse daran haben, wegen des eigenen Geschäftsbetriebs der GmbH den Geschäftsführer vorläufig beizubehalten, obwohl dieser im Verhältnis zur KG einen wichtigen Grund verursacht hat.

Im Ergebnis erlangt daher die hier aufgezeigte Möglichkeit, auch ein außerorganschaftliches Verhalten des Geschäftsführers in jedem Fall der GmbH zur Bildung eines wichtigen Grundes zuzurechnen, erhebliche praktische Bedeutung.

3) Das Prinzip des geringstmöglichen Eingriffs

Da das Gesetz zur Beseitigung von Störungen Gestaltungs-klagen mit verschiedenen Rechtsfolgen zur Verfügung stellt, bedarf der jeweilige Anwendungsbereich der einzelnen Klageart einer Abgrenzung. Denn die Auswirkungen der Klagen sind in ihrer Eingriffsintensität äußerst verschieden: Sie reichen von der Beseitigung des Gesellschaftsvertrages über die Änderung des Personenbestandes und der organschaftlichen Stellung eines Gesellschafters bis zur Beseitigung lediglich einzelner Herrschaftsrechte²⁸¹⁾. Stehen mehrere Gestaltungs-klagen als grundsätzlich geeignete Mittel zur Verfügung, so ist nur die Gestaltungs-klage begründet, die zur Beseitigung der jeweiligen Störung erforderlich oder zur Abwendung eines Schadens ausreichend ist. Es gilt das Prinzip des geringstmöglichen Eingriffs²⁸²⁾. So ist der Ausschluß eines Gesellschafters oder die Auflösung der Gesellschaft unzulässig, wenn der Entzug der Geschäftsführungs- und Vertretungsbefug-

281) vgl. zum Entzug besonderer durch den Gesellschaftsvertrag verliehener Rechte Fischer in Großkomm. HGB, § 117, Anm.2 und zum Teilentzug (Beschränkung der Geschäftsführungsbefugnisse) § 117, Anm.26 m.w.N.

282) vgl. hierzu Hueck, S.373, 440; Schlegelberger-Gebler, § 117, Rn.4; § 133, Rn.15; § 140, Rn.6; Fischer in Großkomm. HGB, § 117, Anm.7 c; Ulmer in Großkomm. HGB, § 133, Anm.41 f.; § 140, Anm.18; Westermann, Hdb., Rz.218 (§§ 117, 127 HGB); Rz.652 (§ 133 HGB); Rz.412 (§ 140 HGB); RGZ 146, S.169, 180 f.; RG, JW 1938, S.2212, 2213; BGHZ 4, S.108, 120; 6, S.113, 117; 18, S.350, 363; BGH, WM 1971, S.20, 22.

nis ausreicht, um die Störung zu beseitigen²⁸³⁾. Auch für das Verhältnis von Ausschluß- zur Auflösungsklage ist anerkannt, daß erstere nur bei besonders schweren Gründen durchgreift, im übrigen aber die Auflösungsklage ein milderer Mittel ist²⁸⁴⁾.

Unter Berücksichtigung dieses Grundsatzes des geringstmöglichen Eingriffs ergeben sich weitere Besonderheiten, wenn der wichtige Grund ausschließlich aus der Person des Geschäftsführers folgt. Hier stößt es auf Bedenken, wenn die Gesellschaft aufgelöst, die GmbH ausgeschlossen oder ihr die Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis entzogen werden soll, obwohl die Ursache der Störung beseitigt wäre, wenn der Geschäftsführer abberufen wird. Folgt nämlich der wichtige Grund ausschließlich²⁸⁵⁾ aus der Person des Geschäfts-

283) vgl. die Nachweisungen in Fn.282).

284) str., wie hier die h.M., vgl. z.B. BGHZ 4, S.108, 110; Schlegelberger-Geßler, § 140, Rn.5; Hueck, S.439; a.A. Ulmer in Großkomm. HGB, § 140, Anm.16 m.w.N. Auf diesen Streit kommt es vorliegend nicht an.

285) Der wichtige Grund folgt dann nicht ausschließlich aus der Person des Geschäftsführers, wenn die Störung zwar durch den Geschäftsführer erfolgt, dieser aber insoweit auf Weisung der Gesellschafter gehandelt hat. Hier ist mit der Entfernung des Geschäftsführers nur eine Ursache beseitigt, nämlich die Ausführung der Störung durch das Exekutivorgan. Daran zeigt sich, daß die Störung letztlich nicht vom Geschäftsführer ausgeht. Der wichtige Grund wird von der Gesellschafterversammlung geschaffen. Ferner kann auch gerade die unterlassene Abberufung durch die Gesell-

führers, so ist zwingend die Beeinträchtigung des Vertrauensverhältnisses beseitigt, wenn der Geschäftsführer nicht mehr als "mittelbarer" Geschäftsführer der Personengesellschaft handeln kann. Diese Abberufung muß daher Ziel des Begehrens der übrigen Gesellschafter sein. Denn der Grundsatz des geringstmöglichen Eingriffs gilt nicht nur zwischen den gesetzlich vorgesehenen Gestaltungsakten, sondern darüber hinaus ist Voraussetzung einer jeden Gestaltungsaktes, daß die Störung nicht durch andere Maßnahmen beseitigt werden kann²⁸⁶⁾. So ist insbesondere auch das an sich "milde" Mittel des Entzugs der Geschäfts- und Vertretungsbefugnis unzulässig, wenn andere zumutbare Maßnahmen zur Beseitigung

schafterversammlung (vgl. dazu oben, S.123 ff.) dazu führen, daß nunmehr neben der Zerstörung des Vertrauensverhältnisses zum Geschäftsführer auch jegliche Vertrauensbasis zur Gesellschafterversammlung entfallen ist. Dann bewirkt die Abberufung des Geschäftsführers nicht ohne weiteres die Wiederherstellung des notwendigen Vertrauensverhältnisses. Dieser Fall der Ausbreitung des wichtigen Grundes auf die Gesellschafterversammlung dürfte aber nur in seltenen Situationen auftreten. In der Regel ist für die übrigen Gesellschafter die Vertrauensbasis wieder gegeben, wenn der Geschäftsführer als ursprünglicher Anlaß der Störung im Sinne eines wichtigen Grundes aus der Gesellschaft entfernt wird. Daneben wird es eine weitaus geringere Rolle spielen, ob sich die Gesellschafterversammlung zunächst geweigert hat, den Geschäftsführer abzuberufen.

286) vgl. die Angaben in Fn.282).

der Störung möglich sind²⁸⁷⁾. Als andere Maßnahme kommt jede Regelung in Betracht, die die Quelle der Störung und damit den wichtigen Grund beseitigt und sowohl für die Gesellschaft als auch für den betroffenen Gesellschafter weniger einschneidend wirkt als die Folgen einer Gestaltungs-klage.

Insgesamt muß daher bei der GmbH & Co. immer dann die Abberufung des Geschäftsführers als milderes Mittel durchgesetzt werden, wenn sich dadurch die Ursache des wichtigen Grundes erledigt.

287) vgl. insbesondere BGHZ 51, S.198, 203; RG, JW 1935, S.696; Fischer in Großkomm. HGB, § 117, Anm.7 c.

4) Die Pflicht zur Abberufung des Geschäftsführers als Folge des Grundsatzes des geringstmöglichen Eingriffs

Stellt sich die Abberufung des Geschäftsführers nach den obigen Grundsätzen als geeignetes und gleichzeitig milderes Mittel dar, so ist für die übrigen Gesellschafter die Realisierung dieses Mittels von erheblicher praktischer Bedeutung.

a) Die materiellrechtliche Verpflichtung zur Abberufung

Zunächst einmal müssen die übrigen Gesellschafter versuchen, auf die Gesellschafter der GmbH dahingehend einzuwirken, daß diese den Geschäftsführer abberufen. Diese Pflicht zur Beseitigung der Störung auf gutlichem Weg muß als Ausfluß des Treuegedankens stets postuliert werden.

Wenn sich die GmbH-Gesellschafter weigern, dem milderen Mittel der Abberufung nachzukommen, so aktualisiert sich das Problem der zwangsweisen Durchsetzung der Abberufung des Geschäftsführers. Diese setzt einen hierauf gerichteten materiellrechtlichen Anspruch voraus.

Dabei könnte als Alternative zu einem solchen materiellen Anspruch in Betracht kommen, daß die Weigerung eines Gesellschafters, an einer weniger eingreifenden Maßnahme mitzuwirken, den Weg zur Gestaltungsklage freigibt und wegen dieser Weigerung nunmehr der wichtige Grund im Sinne der jeweiligen Gestaltungsklage anzunehmen ist.

Diese in der Literatur²⁸⁸⁾ aufgezeigte und mit einer Entscheidung des BGH²⁸⁹⁾ begründete Lösungsmöglichkeit vermag hier jedoch nicht zu überzeugen.

Die Zurückhaltung der Literatur und Rechtsprechung bei der Erzwingung des mildereren Mittels beruht darauf, daß das mildere Mittel stets einen Eingriff in den Gesellschaftsvertrag darstellt, indem die Rechtsposition des zustimmungspflichtigen Gesellschafters geändert wird. Eine Pflicht zur Zustimmung zur Änderung des Gesellschaftsvertrages wird aber nur in engen Grenzen anerkannt. Zwar besteht diese Pflicht grundsätzlich, wenn die angestrebte Änderung allen Beteiligten zumutbar ist²⁹⁰⁾. Jedoch wird über die Zumutbarkeit hinaus

288) vgl. Ulmer in Großkomm. HGB, § 140, Anm.18: "Geht der Beklagte auf derartige mildere Mittel nicht ein, so ist die Ausschlußklage begründet"; ähnlich Hueck, S.440; ferner für den Fall des gerichtlichen Vergleichsvorschlags Schlegelberger-Geßler, § 133, Rn.15: "Lehnt der Gegner das entsprechende Angebot des Klägers ab, so kann der Klage auf Auflösung stattgegeben werden"; auch Fischer in Großkomm. HGB, § 117 Anm.7 c, scheint diese Konsequenz anzunehmen: "Nur wenn dieser Weg nicht zum Ziel führt", -gemeint ist der Weg eines mildereren Mittels- "kann unter Umständen der wichtige Grund gegeben sein"; ebenso Weipert in HGB-RGRK, § 117, Anm.7.

289) BGHZ 18, S.350, 363: Hier hatte der BGH die Ausschlußklage abgewiesen, weil der Kläger einen Vergleichsvorschlag des Gerichts abgelehnt hatte, vgl. kritisch hierzu Bötticher, MDR 1957, S.345; ferner Reinhart, JZ 1956, S.251.

290) vgl. Fischer in Großkomm. HGB, § 105, Anm. 31 c.

verlangt, daß die Vertragsänderung zur Erhaltung wesentlicher Werte oder zur Vermeidung wesentlicher Verluste erforderlich ist²⁹¹⁾. Allgemein kann formuliert werden, daß eine Pflicht zur Zustimmung dann besteht, wenn der Gesellschaftsvertrag an veränderte, nicht vorhersehbare Umstände zwingend angepaßt werden muß²⁹²⁾. Als derartige Umstände werden nur solche anerkannt, die entweder objektiv sind, also mit der Person eines Gesellschafters nicht in Zusammenhang stehen²⁹³⁾, oder aber mit der Person eines Gesellschafters verknüpft sind, jedoch der andere Gesellschafter wegen dieser in der Person des einen Gesellschafters liegenden Umstände zustimmen muß²⁹⁴⁾. Ferner wird eine Zustimmungspflicht anerkannt, wenn nach dem Entzug der Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis eine

291) Fischer, aaO., Hueck, S.173 f.; ders., ZGR 1972, S.237, 244; Westermann, Hdb., Rz.242; BGH, I M Nr.8 zu § 105; Nr.8 zu § 138; Nr.13 zu § 161; BGHZ 40, S.40, 41.

292) vgl. Fischer, aaO.; Hueck, aaO.; Zöllner, S.345; Staudinger-Kießler, § 709, Anm.21.

293) vgl. BGH, I M Nr.13 zu § 161 HGB (wirtschaftliche Lage der Gesellschaft); BGHZ 40, S.40; 42 (Erhöhung der Vergütung der geschäftsführenden Gesellschafter bei positiver Entwicklung der Gesellschaft); BGH, I M Nr.8 zu § 105 HGB (tatsächliche Schwierigkeiten bei der Durchführung des Gesellschaftsvertrags); Hueck, S.174 (Pflicht zur Aufnahme neuer Gesellschafter zum Zwecke der Sanierung).

294) BGH, I M Nr.8 zu § 138 (Zustimmung zum freiwilligen Ausscheiden eines Gesellschafters); Hueck, S.174 (Zustimmung zur Änderung der Geschäftsaufteilung aus Gründen in der Person des anderen Gesellschafters).

Anpassung erfolgen muß²⁹⁵⁾. Dagegen ist, soweit ersichtlich, kein Gesellschafter verurteilt worden, zur Vermeidung einer Gestaltungs-klage einer Vertragsänderung aus Gründen zuzustimmen, die sich aus seiner Person ergeben. Insoweit findet sich eine Bestätigung der oben²⁹⁶⁾ angeführten Stimmen. Auch die hierzu angeführte Entscheidung des BGH²⁹⁷⁾ liegt -wenn auch umgekehrt- auf dieser Ebene, denn dort hatte der Kläger den Nachteil zu tragen, daß er dem zur Vermeidung des Ausschlusses des Beklagten vorgeschlagenen Vergleich nicht zustimmte²⁹⁸⁾. Die fehlende Verpflichtung eines Gesellschafters, zur Abwendung einer Gestaltungs-klage, deren wichtiger Grund in seiner Person liegt, einem milderen Mittel im Wege der Vertragsänderung zuzustimmen, kann ihre Rechtfertigung nur in folgendem finden: Dem Gesellschafter muß die Wahl gegeben sein, entweder die Folgen der gesetzlich statuierten Gestaltungs-klagen zu tragen oder eine veränderte Gesellschafterstellung in Kauf zu nehmen. Denn das mildere Mittel soll zu seinem Schutz wirken, so daß er hierauf verzichten kann.

Gleichwohl führt dieser Verzicht auf die zwangsweise Durchsetzung des milderen Mittels nicht dazu, daß auch die GmbH die Abberufung des Geschäfts-

295) vgl. Westermann, Hdb., Rz.223; Fischer, NJW 1959, S.1057, 1062; ders. in Großkomm. HGB, § 117, Anm.36; Schlegelberger-Geßler, § 117, Rn.12; Hueck, S.154; RG, JW 1924, S.671.

296) vgl. oben, Fn.288).

297) vgl. oben, Fn.289).

298) Eine zur hier aufgeworfenen Problematik Parallelsituation hätte sich ergeben, wenn der

führers mit der Folge ablehnen kann, daß nunmehr der wichtige Grund für eine Gestaltungsklage gegeben ist. Denn das Verlangen nach Abberufung stellt keinen Eingriff in den Personengesellschaftsvertrag dar. Die Stellung der GmbH in der Gesellschaft wird nicht berührt. Aus dem Grundsatz, daß die den Vertrag durchbrechenden Gestaltungsklagen nur als ultima ratio durchgreifen dürfen, kann nicht abgeleitet werden, daß die GmbH auf den zu ihren Gunsten wirkenden mildernden Eingriff verzichten kann. Von der GmbH wird vielmehr verlangt, eine treuwidrige Handlung nicht mehr fortzusetzen und in Zukunft nicht mehr durch einen bestimmten unzumutbaren Geschäftsführer in der Personalgesellschaft zu handeln. Gegen die zwangsweise Beseitigung eines treuwidrigen Zustands bestehen jedoch keine Bedenken. Denn aus der Qualifizierung der Treuepflicht als vertragliche Hauptpflicht²⁹⁹⁾ folgt zugleich, daß sie selbständig einklagbar ist. Im übrigen wäre es gerade bei der Abberufung des Geschäftsführers nicht verständlich, wenn der Wille der GmbH-Gesellschafter darüber entscheiden würde, ob das mildere Mittel der Abberufung, das dem Begehren der übrigen Gesellschafter in vollem Umfang Rechnung trägt, oder eine folgenreiche Gestalt-

Kläger die Zustimmung zur Änderung des Gesellschaftsvertrages im Umfang des gerichtlichen Vergleichsvorschlags begehrt hätte.

299) vgl. Enneccerus-Lehmann, S.739; vgl. ferner zur Erzwingung des treuegemäßen Verhaltens Soergel-Schultze=v.Lasaulx, § 705, Rn.74; Verschulden ist nur erforderlich, wenn aus der Verletzung der Treuepflicht Schadensersatzansprüche geltend gemacht werden, vgl. Hueck, S.195; vgl. ausführlich unten XIII 1), S.155 ff.

tungsklage durchgreift. Denn die übrigen Gesellschafter können ein berechtigtes Interesse daran haben, daß die Funktion der GmbH, so wie sie im Gesellschaftsvertrag vorgesehen ist, erhalten bleibt. Dies ist insbesondere bei der GmbH & Co. KG³⁰⁰⁾ anzunehmen, bei der eine Gestaltungs- klage stets zur Liquidation des Unternehmens führt, sofern nicht ein neuer persönlich haftender Gesellschafter gefunden wird. Ein Anspruch der Personalgesellschafter auf Abberufung des Geschäftsführers ist daher zu bejahen; seine Grenze findet sich in dem im Rahmen der Treuepflicht stets als Abwägungskriterium heranzuziehenden Merkmal der Zumutbarkeit. Im Einzelfall kann der Anspruch aus Gründen entfallen, die sich aus dem Bereich der GmbH ergeben³⁰¹⁾.

Folgen aus dem Recht der Personengesellschaft im Ergebnis keine unüberwindbaren Hindernisse zur Durchsetzung des Abberufungsanspruchs, so muß noch erörtert werden, ob die körperschaftliche Struktur der GmbH es zuläßt, die GmbH-Gesellschafter zu zwingen, den Abberufungsanspruch als Eingriff in ihre organschaftlichen Rechte hinzunehmen.

Der Gesellschafterversammlung als oberstem Organ der GmbH obliegt die korporativ-interne Willensbildung und grundsätzliche Leitung der Gesellschaft. Ihre Beschlüsse bestimmen den obersten Willen der

300) vgl. zum Begriff oben, II) S.5.

301) Hier kommen die oben, XII) S.125 f., genannten Umstände in Betracht.

Körperschaft³⁰²⁾. Zu Recht wird die Gesellschafterversammlung als das "das ganze Leben der Gesellschaft beherrschende Zentralorgan" bezeichnet³⁰³⁾. Der Umfang ihrer Machtstellung ist im Gesetz festgelegt, wobei im Rahmen dispositiver Vorschriften ihr Einfluß verstärkt oder abgeschwächt werden kann, § 45 GmbHG³⁰⁴⁾. Von elementarer Bedeutung ist aber, daß nur durch statutarische Festlegungen die Gesellschafterrechte abänderbar sind, weil nur dadurch dem Grundsatz vom obersten Willensorgan entsprochen wird. Denn die Festlegung in der Satzung bewirkt, daß der Eingriff in vom Gesetz zur Disposition gestellte Gesellschafterrechte sich aus dem Willen der Gesellschafter ableitet.

Dieses statutarische Regelungserfordernis bewirkt, daß durch eine schuldrechtliche Bindung der GmbH mit Dritten die Rechte der Gesellschafter nicht gestaltet werden können. Ein Vertrag mit Dritten kann daher die Entscheidungskompetenz der Gesellschafter nicht beeinträchtigen³⁰⁵⁾.

Da die Abberufung des Geschäftsführers nach § 46 Nr. 5 GmbHG den Gesellschaftern übertragen ist, kann nicht ohne weiteres die Zulässigkeit eines

302) vgl. allgemein Hachenburg-Schmidt, § 45, Anm.1, 4 ff.

303) Feine, S.505.

304) vgl. auch Scholz, § 45, Rn.1.

305) So kann z.B. in einem Vertrag mit einem Dritten nicht dessen Recht begründet werden, den Geschäftsführer zu bestellen, vgl. Hachenburg-Schmidt, § 46, Anm.21 a.

zwangsweise durchsetzbaren Abberufungsanspruchs der Kommanditisten unterstellt werden³⁰⁶⁾. Das Verbot, durch schuldrechtliche Beziehungen eine Pflicht zur Ausübung von Organrechten zu bewirken, findet seine Rechtfertigung darin, daß das Recht der freien Willensbildung der Gesellschafterversammlung nicht beeinträchtigt werden darf³⁰⁷⁾.

Gewiß ist zuzugeben, daß nach der hier vertretenen Auffassung aus dem Gesellschaftsvertrag mit den Kommanditisten, also einem schuldrechtlichen Vertrag mit Dritten, eine Bindung des Willens der Gesellschafter insoweit erfolgt, als sie zur Ausübung ihres Widerrufsrechts verpflichtet und zu einer konkreten Handlung gezwungen werden

306) Verpflichtet sich die GmbH schuldrechtlich gegenüber einem Dritten, diesen zum Geschäftsführer zu bestellen, so ist die schuldrechtliche Verpflichtung wirksam, jedoch nicht erzwingbar. Es bestehen lediglich Schadensersatzansprüche, wenn die GmbH ihrer Verpflichtung nicht nachkommt, vgl. RGZ 170, S.358, 367, 372.

307) Im Grunde liegt ein Parallelproblem zur Vollstreckung einer Stimmrechtsvereinbarung vor. Auch hier wurde in der älteren Judikatur argumentiert, es sei unzulässig, mit äußerem Zwang in die Willensbildung des Körperschaftsorgans einzugreifen, vgl. RGZ 133, S.90, 95; 160, S.257, 267; 112, S.273, 279; RG, JW 1927, S.2992, 2993.

sollen³⁰⁸⁾. Gleichwohl kann aus dem grundsätzlichen Verbot, aus schuldrechtlichen Bindungen eine Pflicht zur Ausübung von Organrechten abzuleiten, nicht der Schluß gezogen werden, daß auch der Anspruch der Kommanditisten auf Abberufung des Geschäftsführers nicht durchsetzbar ist. Denn die Grundlage dieses Verbots, die Gewährleistung des Rechts der freien Willensbildung der Gesellschafter, wird im Fall der GmbH & Co. nicht beeinträchtigt. Die GmbH-Gesellschafter haben diese Folge nicht gegen ihren Willen zu tragen, vielmehr ist die Funktion der GmbH als Komplementärin gewollt: Handelt es sich um eine reine Geschäftsführungs-GmbH, die ausschließlich zum Zweck der Geschäftsführung der Personengesellschaft gegründet wurde, so findet sich gerade bei der Gründungsmotivation der Wille der Gesellschafter, die GmbH in das Gefüge der Personalgesellschaft mit der daraus resultierenden spezifischen Pflichtenstellung als Komplementär zu binden. Bestand hingegen die GmbH bereits vor der Übernahme der Komplementärstellung als tätige Gesellschaft, so bedarf der Beitritt zur KG der Zustimmung der Gesell-

308) Im Gegensatz zur oben, S. 99 ff. dargestellten Pflicht, bei der Auswahl des Geschäftsführers die Treuebindung zu beachten, erfolgt bei der Konstruktion eines Widerrufsanspruchs die Pflicht zu einem bestimmten Verhalten. Ersteres erscheint unbedenklich, weil hier die GmbH die Bestellung des Geschäftsführers in eigener Willensentscheidung vollzieht und lediglich in der Auswahl der Person des Geschäftsführers bestimmte drittorientierte Interessenwertungen beachten muß. Eine Beseitigung der Willensentschließung der Gesellschafter erfolgt aber hierdurch nicht.

schafter, weil er zur Änderung des Gegenstands des Unternehmens der GmbH führt³⁰⁹⁾. Auch hier ist die Übernahme der Pflichtenstellung als Komplementärin vom Willen der Gesellschafter getragen. Entsteht somit die besondere gesellschaftsrechtliche Treuebindung der GmbH in Übereinstimmung mit dem Willen der Gesellschafter, so können diese sich später nicht darauf berufen, in ihrer Freiheit der Willensbildung beeinträchtigt zu werden, wenn sich die Pflichtenstellung realisiert und die Gesellschafter zu einem bestimmten Verhalten zwingt.

Darüber hinaus läßt sich die Einengung der Willensbildung bei der Abberufung des Geschäftsführers auch aus dem Statut ermitteln: Wenn als Unternehmensgegenstand der GmbH die Geschäftsführung eines anderen Unternehmens bzw. die Übernahme der Funktion eines persönlich haftenden Gesellschafters in einer KG festgelegt wird³¹⁰⁾, so folgt aus dem Statut deutlich, daß von den Gesellschaftern alle gesetzlich entstehenden Bindungen gewollt sind, die sich aus dem Beitritt zur KG ergeben, und der GmbH eine besondere Prägung aus ihrer Komplementärstellung zukommt. Die Gesellschafter haben damit statutarisch festgelegt, daß ihre eigene Organstellung in der GmbH aus diesem

309) vgl. Hesselmann, S.49; Sudhoff, GmbH & Co., S.128. Die Änderung des Unternehmensgegenstandes bedarf der Satzungsänderung.

310) vgl. Hesselmann, S.50 m.w.N.; Sudhoff, GmbH & Co., S.127; vgl. ferner zur Formulierung des Unternehmensgegenstandes Salch, GmbHRdsch. 1971, S.251, 252 f.

Zweck der Gesellschaft funktionale Begrenzungen erfährt. Betreiben die Gesellschafter nach ihrem im Statut ausdrücklich festgelegten Willen die GmbH zur Führung der Geschäfte der KG, so müssen sie auch gezwungen werden können, die Pflichten aus dieser gesellschaftsrechtlichen Bindung auch dann zu erfüllen, wenn sie eine Neuordnung von Umständen innerhalb der GmbH bedingen. Denn sonst könnte sich die GmbH gesellschaftsvertraglicher Verpflichtungen immer dann entziehen, wenn deren Realisierung GmbH-interne Maßnahmen bedingt, die im internen Vollzug nach dem Gesetz oder dem Statut den Gesellschaftern vorbehalten sind. So wäre denkbar, daß die Gesellschafter in ihrem Recht bei "Maßnahmen zur Überwachung der Geschäftsführung" (§ 46 Nr.6 GmbHG) beeinträchtigt werden, wenn bestimmte Geschäftsführungsmaßnahmen aus in der KG liegenden Gründen zwingend vorzunehmen sind. Die GmbH als juristische Person würde, -wollte man einen Eingriff in die Gesellschafterrechte stets für unzulässig erachten-, im Gegensatz zur natürlichen Person, bei der jedes vollstreckungsfähige Verhalten erzwungen werden kann, aus Gründen der korporativen Verfassung einen vollstreckungsfreien Bereich schaffen. Diese Konsequenz ist aber nicht vereinbar mit der Übernahme der Komplementärstellung.

b) Die prozessuale Durchsetzung des Abberufungsanspruchs

Da sich der Abberufungsanspruch materiell aus den Gestaltungsklagen als deren milderer Mittel unter Heranziehung des Treuegedankens ableitet, ist zu-

nächst an eine analoge Anwendung der §§ 117, 127 HGB zu denken. Die analoge Anwendung kommt deswegen nur in Betracht, weil sich die Klage nach den §§ 117, 127 HGB gegen den Gesellschafter richtet, hier aber eine Ausdehnung auf einen Nichtgesellschafter erfolgen würde. Über eine solche Analogie ist aber bereits der Stab gebrochen: Der BGH³¹¹⁾ hat die Anwendung der §§ 117, 127 HGB auf Gesellschaftsfremde, etwa auf einen Vertreter eines Gesellschafters, abgelehnt. Die Literatur³¹²⁾ ist dem einhellig gefolgt. Denn die §§ 117, 127 HGB stellen ein Mittel zur Gestaltung des Gesellschaftsvertrages dar. Durch die Abberufung des Geschäftsführers der Komplementär-GmbH erfolgt jedoch kein Eingriff in den Gesellschaftsvertrag, weil der Geschäftsführer an dieser vertraglichen Bindung nicht partizipiert.

Damit bleibt zur zwangsweisen Durchsetzung des Abberufungsanspruchs nur eine Klage gegen die GmbH³¹³⁾.

311) BGHZ 36, S.292, 294; vgl. auch BGHZ 8, S.35, 46 f.

312) vgl. Fischer in Großkomm. HGB, § 114, Anm.9 sowie § 117, Anm.2 a; Weipert in HGB-RGRK, § 117, Anm.2; Schlegelberger-Geßler, § 117, Rn.2; Heymann-Kötter, § 117, Anm.1, Baumbach-Duden, § 114, Anm.3 B; Hueck, S.147, Fn.87

313) Die Klage ist gegen die GmbH als juristische Person zu richten und nicht etwa gegen die Gesellschafter, obwohl diese den Abberufungsanspruch erfüllen. Dies erfolgt jedoch für die GmbH durch die Gesellschafterversammlung als deren Organ. Der Beschluß der Gesellschafter ist der Wille der GmbH und nicht der Gesellschafter, vgl. Baumbach-Hueck, § 45, Anm.2 C; auch bei einer Anfechtungs-

Gegen eine Verpflichtung der GmbH zur Abberufung ihres Geschäftsführers im Wege der Leistungsklage, notfalls auch im Wege einer einstweiligen Verfügung (§ 940 ZPO), durch die allerdings nur eine vorläufige Regelung erfolgen kann, sind Bedenken nicht ersichtlich³¹⁴⁾. Mit der Rechtskraft des Urteils, das die GmbH zur Abberufung³¹⁵⁾ verpflichtet, gilt nach § 894 ZPO die Widerrufserklärung abgegeben. Da diese eine empfangsbe-

klage ist die GmbH passiv legitimiert, vgl. Hachenburg-Schmidt, § 45, Anm.23; Scholz, § 45, Rn.19; ferner richten sich Klagen wegen Verletzung von Sonderrechten durch die Gesellschafterversammlung, wozu auch das Recht, zum Geschäftsführer bestellt zu werden, gehört (vgl. Baumbach-Hueck, ÜbbI. vor § 13, Anm.3 B; RGZ 170, S.358, 368), gegen die Gesellschaft (vgl. RGZ 170, 358 ff.; Hachenburg-Schilling, § 14, Anm.19).

- 314) Da hier außerhalb der GmbH stehende Dritte einen Abberufungsanspruch geltend machen, ist Raum für eine gerichtliche Entscheidung. Etwas anderes gilt für die Gesellschafter der GmbH: Gelingt hier durch Beschluß der Gesellschafterversammlung die Abberufung nicht, so wird auch ein Anspruch auf gerichtliche Entscheidung abgelehnt, vgl. Scholz, § 38, Rn.18 i.V.m. Rn.16, Buchst.b, 2. Abs. a.E.; die Zulässigkeit einer einstweiligen Verfügung ist -etwa beim Streit über den wichtigen Grund als Abberufungsvoraussetzung- grundsätzlich anerkannt, vgl. Vogel, § 38, Anm.3; Brodmann, § 38, Anm.2 e; Scholz, § 38, Rn.18.
- 315) Hier wird vom Fall der GmbH & Co. KG ausgegangen, bei dem die GmbH ausschließlich als Komplementärin der KG fungiert. Unterhält sie daneben einen eigenen Geschäftsbetrieb, so kann von ihr auch nur verlangt werden, innerhalb der KG nicht mehr durch den unzulässigen Geschäftsführer zu handeln. Auf den eigenen Geschäftsbetrieb der GmbH haben die Kommanditisten keinen Einfluß.

dürftige Erklärung darstellt³¹⁶⁾, muß das Urteil dem Geschäftsführer vorgelegt werden³¹⁷⁾.

Zu klären bleibt noch, ob alle übrigen Gesellschafter die Klage auf Abberufung erheben müssen. Da die Abberufung sich als milderer Mittel gegenüber den Gestaltungsklagen darstellt, könnte auch hier ein Antrag aller Gesellschafter notwendig sein³¹⁸⁾. Der Grund dafür, daß das Gesetz bei den Klagen nach §§ 117, 127, 140 HGB die Mitwirkung aller Gesellschafter voraussetzt, liegt darin, daß sie zu einer Vertragsänderung führen und damit abgesehen vom Beklagten das vertragliche Einheitsprinzip gewahrt bleiben soll. Eine Vertragsänderung erfolgt durch die Abberufung des Geschäftsführers aber gerade nicht, so daß deswegen das Erfordernis der Einstimmigkeit nicht zwingend ist. Vielmehr stellt die Unterlassung der Abberufung eine Verletzung der Treuepflicht dar. Die Treuepflicht besteht nicht nur zwischen der Gesellschaft als Gesamtheit und den einzelnen Gesellschaftern, sondern sie wirkt auch zwischen den einzelnen Gesellschaftern³¹⁹⁾. Ist dem einzelnen Gesellschafter gegenüber die Treuepflicht

316) Hachenburg-Schilling, § 38, Anm.2.

317) vgl. dazu Baumbach-Lauterbach-Albers-Hartmann, § 894, Anm.2 B.

318) vgl. Fischer in Großkomm. HGB, § 117, Anm. 36; Schlegelberger-Geßler, § 117, Rn.12, die verlangen, daß alle Gesellschafter den Antrag auf Neuregelung des Gesellschaftsverhältnisses nach einer Klage im Sinne der §§ 117, 127 HGB stellen.

319) vgl. Westermann, Hdb., Rz.242; Fischer in BGB-RGRK § 705, Anm.17.

verletzt, so hat er einen Anspruch auf Beseitigung dieser Verletzung³²⁰⁾ und kann ihn damit allein geltend machen³²¹⁾. Stellt man hingegen auf die Treuepflicht der Komplementär-GmbH zur Gesellschaft ab, so ist dieser Anspruch der Gesellschaft auf Erfüllung der sich aus dem Treuegedanken ergebenden Pflichten als Sozialanspruch zu qualifizieren³²²⁾. Diesen Sozialanspruch kann jeder Gesellschafter, auch der Kommanditist, im Wege der actio pro socio geltend machen³²³⁾, so daß sich aus diesem Gesichtspunkt die Einzelklagebefugnis des Gesellschafters auf Abberufung eines unzumutbaren Geschäftsführers ergibt.

320) Westermann, aaO., Hueck, S.195.

321) Davon zu trennen ist die Frage, inwieweit Umstände aus dem Verhältnis eines Gesellschafters zum Geschäftsführer einen wichtigen Grund darstellen können.

322) Hueck, S.259; Fischer in Großkomm. HGB, § 109, Anm.5; vgl. auch Schlegelberger-Geßler, § 109, Rn.2.

323) Hueck, S.261; Westermann, Hdb., Rz.246; Fischer in Großkomm. HGB, § 124, Anm.11.

c) Die Pflichten der GmbH nach erfolgter Abberufung

Nach der Abberufung des Geschäftsführers kann die nunmehr notwendige Neubestellung zu Schwierigkeiten führen. Vor allem muß daran gedacht werden, daß sich die GmbH weigert, einen neuen Geschäftsführer zu bestellen oder dessen Bestellung übergebührlich verzögert. Die grundsätzliche Pflicht der GmbH zur Bestellung eines Geschäftsführers wurde bereits oben erwähnt³²⁴⁾.

Wird diese Pflicht zur Geschäftsführung verletzt, indem die Geschäftsführerbestellung unterlassen oder verzögert wird, so können die Gesellschafter gegen die GmbH Schadensersatzansprüche geltend machen³²⁵⁾.

Neben Schadensersatzansprüchen ist für die Gesellschafter wichtig, ob sie die Bestellung eines neuen Geschäftsführers erzwingen können. Als Rechtbehelf der Gesellschafter kommt zunächst einmal eine Notbestellung nach § 29 BGB in Betracht³²⁶⁾. Dabei ist jeder einzelne Kommanditist antragsberechtigt, denn auch Gläubiger der GmbH sind Beteiligte im

324) vgl. oben III), S.6 f.

325) vgl. zur Haftung des Gesellschafters bei Nichterfüllung der Geschäftsführerpflicht Hueck, S.139 ff.; Fischer in Großkomm. HGB, § 116, Anm.18 ff.; Schlegelberger-Geßler, § 114, Rn.8; ferner ausführlich Gogos, S.53 ff.

326) Die Anwendung des § 29 BGB auf eine GmbH ist unstreitig, vgl. z.B. Scholz, § 6 Rn.8 m.w.N.

Sinne des § 29 BGB³²⁷⁾. Die Gläubigerstellung der Kommanditisten leitet sich unmittelbar aus dem Gesellschaftsvertrag ab.

Neben dieser Möglichkeit muß den Kommanditisten aber das Recht eingeräumt werden, die GmbH auf Bestellung eines Geschäftsführers zu verklagen.

Grundsätzlich ist davon auszugehen, daß weder die Gesellschafter der GmbH noch Gesellschaftsfremde im Klagewege eine Geschäftsführerbestellung durchsetzen können. Für erstere ist die Einberufung einer Gesellschafterversammlung nach § 50 GmbHG eine Möglichkeit zur Bestellung eines Geschäftsführers, beiden Gruppen steht der Behelf des § 29 BGB zur Verfügung. Es handelt sich insoweit um abschließende Möglichkeiten³²⁸⁾.

Dies kann jedoch dann nicht gelten, wenn sich die GmbH vertraglich verpflichtet hat, die Geschäfte der KG zu führen. Diese gesellschaftsvertragliche Pflicht auf Geschäftsführung ist einklagbar. Jeder einzelne Gesellschafter kann ihre Erfüllung im Wege der actio pro socio erzwingen³²⁹⁾. Bei einer juristischen Person als Komplementärin be-

327) vgl. Baumbach-Hueck, § 6 Anm.3 B; Scholz, § 6, Rn.8 m.w.N.; KG, OLGRspr. 4, S.256, 261; KGJ 45, Abt. A, S.178, 180.

328) so wohl auch Hachenburg-Schilling, § 6 Anm.1; Scholz, § 6 Rn.3.

329) vgl. Fischer in Großkomm. HGB, § 114, Anm.5; Schlegelberger-Geßler, § 114, Rn.8; Hueck, S.133; Westermann, Hdb., Rz.174; Gogos, S.61; Flechtheim in Düringer-Hachenburg, § 114, Anm.6.

deutet dies, daß die notwendigen Voraussetzungen zur Geschäftsführung im Klagewege erstritten werden können, denn sonst wäre die Nichterfüllung der Geschäftsführungspflicht durch sie teilweise ohne Sanktion, wenn sie die Bestellung des Geschäftsführers unterläßt³³⁰⁾ und dann nur Schadensersatzansprüche entstehen würden.

Einer solchen Klage fehlt auch im Hinblick auf § 29 BGB nicht das Rechtsschutzinteresse. Der Anspruch der Kommanditisten auf Bestellung des Geschäftsführers ist qualitativ von einer Notbestellung zu unterscheiden, so daß es sich nicht um gleichartige Begehren handelt.

Die Bestellung des Geschäftsführers stellt eine unvertretbare Handlung dar, die Vollstreckung erfolgt nach § 888 ZPO. Die Beugegeldstrafe ist gegen die GmbH, dagegen ist die Haftstrafe bei einer juristischen Person gegen den gesetzlichen Vertreter auszusprechen³³¹⁾. Als solche sind die Gesellschafter in ihrer Organstellung anzusehen, denn sie sind für die Bestellung des Geschäftsführers zuständig³³²⁾.

330) Auch hier handelt es sich nicht um einen verbotenen Eingriff in die freie Willensbetätigung der GmbH, vgl. dazu oben S.137 ff., denn der GmbH wird nur die grundsätzliche Erfüllung einer ohnehin bestehenden Verpflichtung aufgegeben, in der Auswahl des Geschäftsführers ist sie frei.

331) vgl. Baumbach-Lauterbach-Albers-Hartmann, § 888, Anm.3 C.

332) Hier entsteht freilich das Problem, ob bei einem mehrköpfigen Organ alle Organpersonen in Haft zu nehmen sind, vgl. dazu Schoenthal, S.88 ff.

Schließlich ist noch darauf zu verweisen, daß die Kommanditisten nicht verpflichtet sind, den Weg der zwangsweisen Geschäftsführerbestellung zu wählen. Sie können statt dessen nach § 140 HGB den Ausschluß der GmbH betreiben, weil deren Weigerung, die Voraussetzungen der Handlungsfähigkeit herbeizuführen, als wichtiger Grund zum Ausschluß gewertet werden muß.

5) Das Vorliegen eines wichtigen Grundes in der Person des Geschäftsführers vor dessen Bestellung

Ist die Komplementär-GmbH verpflichtet, einen im Sinne eines wichtigen Grundes unzumutbaren Geschäftsführer abzuuberufen, so leuchtet es ein, daß sie einen solchen Geschäftsführer nicht bestellen darf, wenn die Umstände, aus denen der wichtige Grund folgt, schon vor der Bestellung vorhanden sind.

Das Verbot der Bestellung eines derartigen Geschäftsführers kann aber nur dann sinnvoll praktiziert werden, wenn die Kommanditisten über die Person des zu bestellenden Geschäftsführers informiert werden. Denn nur sie können entscheiden, ob sich im Verhältnis zu ihnen Gründe finden, die einen wichtigen Grund im Sinne der Gestaltungs-klagen ausmachen.

Diese Pflicht zur Information der übrigen Gesellschafter folgt wiederum aus dem Treuegedanken³³³⁾.

333) Die Treuepflicht ist als Quelle selbständiger Hauptpflichten anerkannt, vgl. dazu Staudinger-Keßler, Vorbem. zu § 705, Rn.35 b; ferner Zöllner, S.353 f.; sowie oben Fn.299). vgl. im übrigen auch Würdinger, S.152 f., ihm folgend Boesebeck, JW 1939, S.325, die im Rahmen des § 164 HGB bei außergewöhnlichen Geschäften dem Kommanditisten nur ein Widerspruchsrecht einräumen, jedoch den geschäftsführenden Gesellschafter verpflichten, vor Ausführung des Geschäfts den Kommanditisten zu informieren. Diese Informationspflicht leiten sie aus dem Treuegedanken ab.

An den Umfang der Mitteilungspflicht werden folgende Anforderungen gestellt werden müssen: Allgemein muß davon ausgegangen werden, daß die GmbH verpflichtet ist, den übrigen Gesellschaftern alle Umstände zur Person des in Aussicht genommenen Geschäftsführers mitzuteilen, die für die Beurteilung eines wichtigen Grundes wesentlich sind. Die GmbH wird dieser Pflicht zunächst genügen, indem sie den Personengesellschaftern die Personalien des zukünftigen Geschäftsführers, seine Vorbildung und seinen beruflichen Werdegang mitteilt. Darüber hinaus sind die übrigen Gesellschafter berechtigt, weitere Auskünfte zu verlangen, soweit diese auf einem berechtigten Interesse beruhen und dazu dienen, die Ausfüllungstatsachen eines wichtigen Grundes zu erforschen.

Ergibt sich ein wichtiger Grund, so können die übrigen Gesellschafter gegen die GmbH auf Unterlassung klagen, den ausgewählten Geschäftsführer zu bestellen, sofern die GmbH nicht freiwillig von ihrem Vorhaben Abstand nimmt, nachdem ihr die übrigen Gesellschafter das Vorliegen eines wichtigen Grundes mitgeteilt haben. In der Praxis wird eine Klage auf Unterlassung nur sinnvoll sein, wenn der GmbH durch eine einstweilige Verfügung die Bestellung untersagt wird. Dabei kann das Gericht auch nach freiem Ermessen andere Maßnahmen anordnen, die geeignet sind, bis zur Rechtskraft des Urteils den Schutz der Personalgesellschaft herbeizuführen. So ist etwa denkbar, daß der umstrittene Geschäftsführer zwar bestellt werden darf, ihm jedoch nur Gesamtvertretungsbefugnis eingeräumt werden darf, wenn hierdurch den von den

Kommanditisten geltend gemachten Umständen Rechnung getragen und der Eintritt eines Schadens verhindert wird.

XIII) Einzelfälle der Auswirkungen der Treuepflicht im Zusammenhang mit der Bestellung des Geschäftsführers der Komplementär-GmbH

1) Das Verbot der Bestellung und die Pflicht zur Abberufung eines nach dem Treuegedanken unzumutbaren Geschäftsführers

In konsequenter Anwendung der zuvor entwickelten Grundsätze beim Vorliegen eines wichtigen Grundes im Sinne der Gestaltungsklagen ist die Komplementär-GmbH verpflichtet, den Geschäftsführer abzuberufen oder nicht zu bestellen, wenn sich aus seiner Person die Unzumutbarkeit gegenüber den Personengesellschaftern ergibt.

Diese Pflicht folgt aus der oben entwickelten These, daß die Bestellung und Abberufung des Geschäftsführers am Treuegedanken zu messen ist und alle im Sinne des Treuegedankens relevanten Eigenschaften des Geschäftsführers rechtlich auf die GmbH bezogen werden³³⁴⁾. Denn nimmt die GmbH die Stellung eines Komplementärs ein, so verpflichtet sie sich, sich in einem solchen Zustand zu halten, der den anderen Gesellschaftern zumutbar ist. Ihr Verhalten und ihre Eigenschaften müssen dem Treueverhältnis konform sein.

334) vgl. oben XI 2), S.93 ff.

Die aus dem Treuegedanken erwachsende Verhaltenspflicht ist erzwingbar. Die selbständige Einklagbarkeit dieser Verhaltenspflicht folgt zunächst daraus, daß die Treuepflicht als gesellschaftsvertragliche Hauptpflicht qualifiziert wird³³⁵⁾. Im Gegensatz zu unselbständigen Nebenpflichten einer schuldrechtlichen Bindung, deren Verletzung nur Schadensersatzansprüche auslöst³³⁶⁾, leitet sich aus dem Treueverhältnis des Personengesellschaftsrechts ein klagbarer Erfüllungsanspruch ab. Als plastisches Beispiel eines aus der Treuepflicht entspringenden einklagbaren Anspruchs kann der Anspruch auf Erfüllung der Stimpfpflicht, insbesondere bei notwendigen Änderungen des Gesellschaftsvertrages, angeführt werden³³⁷⁾.

-
- 335) Enneccerus-Lehmann, S.739; Soergel-Schultze=v.Lasaulx, § 705, Rn.67; Fischer in Großkomm. HGB, § 105, Anm.31 a a.E.; Staudinger-Keßler, Vorbem. zu § 705, Rn.35 a, der insoweit von gewohnheitsrechtlicher Anerkennung spricht; die Charakterisierung der Treuepflicht als Hauptpflicht findet konsequent ihren Ausdruck darin, daß sie unbestritten als sedes materiae von positiven Leistungspflichten anerkannt ist und somit die Funktion einer selbständigen Anspruchsgrundlage für Leistungspflichten übernimmt, vgl. z.B. Staudinger-Keßler, Vorbem. zu § 705, Rn. 38, 35 b.
- 336) vgl. Soergel-Siebert-Knopp, § 242, Rn.109; Enneccerus-Lehmann, S.21.
- 337) vgl. Soergel-Schultze=v.Lasaulx, § 705, Rn.74; Hueck, S.175; Fischer in Großkomm. HGB, § 117, Anm.36, ferner oben XII 4 a), S.132 ff. Gleichwohl finden sich häufig undifferenzierte Hinweise, daß die Verletzung der Treuepflicht schadensersatzpflichtig mache, wobei die Möglichkeit der Naturalrestitution zur Herstellung des treuegemäßen Zustands in der Regel unerörtert bleibt, vgl. Baumbach-Duden, § 109,

Die Einklagbarkeit des treuegemäßen Verhaltens muß zumindest dann anerkannt werden, wenn die Gesellschafter ein berechtigtes Bedürfnis an der Erzwingung des nach der Treuepflicht gebotenen Verhaltens geltend machen können. Dieses Bedürfnis wird immer dann zu bejahen sein, wenn die Beseitigung der treuwidrigen Störung mit anderen Mitteln nicht ausreichend ist, insbesondere wenn Schadensersatz in Geld nicht zur Herstellung des von der Treuepflicht gebotenen Zustands führt. Auf der anderen Seite kann im Einzelfall auch aus Umständen in der Person des Schuldners die Verpflichtung der Gesellschafter abgeleitet werden, sich mit Schadensersatz in Geld als Sanktion für das treuwidrige Verhalten zu begnügen.

Gerade eine Eigenschaft des Geschäftsführers, die als treuwidrig aufzufassen ist, kann aber nicht durch Geldersatz beseitigt werden. Denn hier handelt es sich um einen dauerhaften Zustand, der auch in die Zukunft wirkt. Schadensersatz in Geld ist als Folge eines treuwidrigen Verhaltens nur dann angebracht, wenn dieses Verhalten abgeschlossen

Anm.5 C; Soergel-Schultze=v.Lasaulx, § 705, Rn.74, wo allerdings im Fall der Stimpfpflicht die Einklagbarkeit erwähnt wird; Erman-Schultze-Wenck, § 705, Rn.31; unklar auch Hueck, S.195: "Ein Verstoß gegen die Treuepflicht hat die gleichen Folgen wie eine sonstige Vertragsverletzung. Ein schuldhafter Verstoß verpflichtet zum Schadensersatz", vgl. auch Hueck, Treuegedanke, S.77, der im Fall des treuwidrigen Widerspruchs nach § 115 HGB Schadensersatz im Wege der Naturalrestitution erörtert und daraus die Pflicht zur Rücknahme des Widerspruchs ableitet.

ist und zu einem bestimmten Schaden geführt hat, der durch Naturalrestitution nicht auszugleichen ist. Bei Eigenschaften, die abänderbar sind, oder Verhaltensweisen, die in die Zukunft wirken, kommt nur die Erzwingung des treuegemäßen Verhaltens in Betracht, zumal hier nicht in jedem Fall ein Vermögensschaden entsteht. Fehlt ein Vermögensschaden, so bliebe ein treuwidriges Verhalten ohne Sanktion, weil hier der Schadensersatz in Geld denkwürdig ausscheiden muß. Die Bestellung eines unzumutbaren Geschäftsführers bzw. das Unterlassen seiner Abberufung wird aber häufig ohne vermögenswerte Einbuße für die Gesellschaft bleiben, so daß aus diesem Grunde die Erzwingung des treuekonformen Verhaltens im Klagewege die einzige Möglichkeit zur Beseitigung der Störung des Gesellschaftsverhältnisses sein wird³³⁸⁾.

Als Verstoß gegen die Treuepflicht sind solche Umstände in der Person des Geschäftsführers erheblich, die zwar nicht die Qualität eines wichtigen Grundes erreichen³³⁹⁾, jedoch gleichwohl seine Unzumutbarkeit bedingen, indem seine Person zu einer nachhaltigen Störung des Vertrauensverhältnisses

338) vgl. im übrigen zum Problem des Eingriffs in die Gesellschafterrechte beim Zwang zur Abberufung oben XII 4 a), S.137 ff.

339) Die Schaffung eines wichtigen Grundes stellt den "Gipfel der Treulosigkeit" dar, so daß der wichtige Grund immer gleichzeitig als ein -gesetzlich normierter- Fall der Treuwidrigkeit aufzufassen ist, jedoch umgekehrt nicht jede Treuwidrigkeit als wichtiger Grund gelten kann, vgl. auch Hueck, S.195, 111.

führt. Desweiteren werden bei der Bestellung des Geschäftsführers auch Eigenschaften seiner Person heranzuziehen sein, die grundsätzlich einen wichtigen Grund darstellen können, bei denen aber nicht gewiß ist, ob sie eintreten werden. So kann mit Sicherheit nicht vorausgesagt werden, ob der Geschäftsführer zur ordnungsgemäßen Führung der Geschäfte außerstande sein wird. Wenn hier aber auf Grund objektiver Umstände eine hinreichend wahrscheinliche Prognose möglich ist, so muß es als treuwidrig gelten, der Personengesellschaft das Risiko eines solchen Geschäftsführers aufzubürden. In welchem Maße die Treupflicht eine Berücksichtigung der Interessen der Personalgesellschaft gebietet, kann nur an Hand des Einzelfalls ermittelt werden, so daß weitere Ausführungen hierzu unterbleiben müssen.

2) Das Verbot der Bestellung eines Geschäftsführers unter Verstoß gegen vertragliche Festsetzungen

Stellt die GmbH-Satzung bestimmte Erfordernisse, etwa hinsichtlich des Alters oder der Ausbildung an die Person des Geschäftsführers³⁴⁰⁾, so muß ein Verstoß gegen diese Auswahlbeschränkung als Treuwidrigkeit gegenüber den Personalgesellschaftern qualifiziert werden. Denn diese konnten darauf vertrauen, daß nur bestimmte Personen als Geschäftsführer bestellt werden können und sie damit insoweit geschützt sind, als die im GmbH-statut festgesetzte Qualifikation erfüllt sein muß. Die praktische Auswirkung des Verstosses gegen die Treuepflicht in diesen Fällen zeigt sich darin, daß nach GmbH-Recht die Bestellung eines Geschäftsführers, der die satzungsmäßigen Voraussetzungen nicht erfüllt, wirksam ist. Der Bestel-

340) vgl. dazu Hachenburg-Schilling, § 35, Anm.38; gleiches gilt, wenn einem bestimmten Personenkreis ein Sonderrecht auf die Geschäftsführung eingeräumt ist. Unzulässig ist ferner die Bestellung eines nach GmbH-Recht objektiv ungeeigneten Geschäftsführers, etwa einer juristischen Person (vgl. Baumbach-Hueck, § 6, Anm.2 C sowie jetzt ausdrücklich § 58 Abs.3 RefE zum GmbHG), eines Geschäftsunfähigen (vgl. Scholz, § 6, Rn.5), eines in der Geschäftsfähigkeit Beschränkten (vgl. Hachenburg-Schilling, § 35, Anm.38; Baumbach-Hueck, § 6, Anm.2 C; Scholz, § 6, Rn.5; a.A. die früher h.M., sofern der gesetzliche Vertreter zustimmt, vgl. RG, JW 1925, S.261; vgl. ferner § 58 Abs.3 RefE zum GmbHG) oder eines Mitglieds des Aufsichtsrats (Baumbach-Hueck, § 6, Anm.2 C; Scholz, § 6, Rn.5).

lungsbeschluß ist lediglich anfechtbar³⁴¹⁾. Setzen sich somit die GmbH-Gesellschafter einverständig über die Satzungsvorschriften hinweg, so können die Personalgesellschafter über den Treuegedanken die Einhaltung der Satzung erzwingen. Auch die Bestellung eines Geschäftsführers, der im Wettbewerb zur KG steht, muß als Verstoß gegen die Treuepflichten der GmbH gegenüber der KG beurteilt werden³⁴²⁾. Denn die Bestellung

341) vgl. Hachenburg-Schilling, § 35, Anm.39; Baumbach-Hueck, § 6, Anm.2 C.

342) Der Geschäftsführer unterliegt nicht unmittelbar dem Wettbewerbsverbot nach § 112 HGB, da er nicht Vertragspartner des KG-Vertrages ist (vgl. Hesselmann, S.90; Sudhoff, GmbH & Co., S.211; Brönnner-Bünz, S.90; auch beim Vertreter eines Gesellschafters wird die Ausdehnung des Wettbewerbsverbots auf ihn abgelehnt, vgl. z.B. Fischer in Großkomm. HGB, § 112, Anm.2). Dennoch wird versucht, auch zu Lasten des Geschäftsführers ein Wettbewerbsverbot zu konstruieren (vgl. Hesselmann, S. 91 f.; Sudhoff, Geschäftsführer, S.90 f.; ders., GmbH & Co., S.241). Im Ergebnis überzeugt nur eine Lösung, die im Dienstvertrag des GmbH-Geschäftsführers im Wege einer ergänzenden Vertragsauslegung ein Wettbewerbsverbot im Umfang des § 112 HGB statuiert. Die Auffassung Hesselmanns (aaO.), die GmbH müsse auf Grund ihrer Treuepflicht zur KG soweit wie möglich auf ihre Geschäftsführer hinwirken, daß diese keine Handlungen vornehmen, die der GmbH & Co. Schaden bringen können, leidet zunächst an ihrer Unbestimmtheit. Aus der Pflicht, "soweit wie möglich darauf hinzuwirken", kann im Einzelfall kein konkret ausgestaltetes Wettbewerbsverbot folgen. Notfalls kann darunter verstanden werden, daß die GmbH nur dann einzuschreiten hat, wenn der Wettbewerb Schaden bringt. Auch diese Anknüpfung an den Begriff des Schadens stellt im Verhältnis zu § 112 HGB einen Nachteil dar.

eines Geschäftsführers in Kenntnis der Tatsache, daß dieser Wettbewerber ist, führt eo ipso zur Schädigung der Interessen der Personalgesellschaft.

Hier reicht bereits eine Gefährdung der Gesellschaftsinteressen aus (vgl. Hueck, S. 199). Nach Hesselmann könnte dagegen der GmbH-Geschäftsführer Konkurrenzgeschäfte tätigen, wenn er weiß, daß die KG das Geschäft nicht abschließen wird. Kann dem Geschäftsführer unter Abwägung der Risiken oder sonstiger Umstände des Geschäfts kein Vorwurf gemacht werden, wenn er das Geschäft nicht namens der KG abschließt, so könnte er es stets selbst übernehmen. Sudhoff geht daher zu Recht in der Ausgestaltung des Wettbewerbsverbots weiter (vgl. aaO.): Die GmbH müsse das ihr obliegende Wettbewerbsverbot nach § 112 HGB an ihre Geschäftsführer weitergeben. Denn gelte für die GmbH ein Wettbewerbsverbot, so müsse dies auch ihr Organ treffen. Sudhoffs These versagt jedoch, wenn der GmbH der Wettbewerb gestattet ist, es fehlt dann an einem "weiterzugebenden" Verbot, obwohl in diesem Fall nicht ohne weiteres auch dem Geschäftsführer der Wettbewerb gestattet sein kann. Desweiteren können nach Sudhoff wohl nur Schadensersatzansprüche angenommen werden, wenn die GmbH die Weitergabe unterläßt. Auch die Anknüpfung an die Organstellung überzeugt nicht. Als Organ muß der Geschäftsführer stets die der GmbH obliegenden Pflichten beachten. Die Konkurrenztätigkeit wird aber gerade außerhalb der Organstellung vollzogen. Eine befriedigende Lösung muß daher im Dienstvertrag des GmbH-Geschäftsführer ein Wettbewerbsverbot im Sinne des § 112 HGB festlegen. Fehlen hierzu Vereinbarungen, so kann nur die ergänzende Vertragsauslegung weiterhelfen.

3) Die Pflicht zur Bestellung eines Geschäftsführers mit spezifischen Sachkenntnissen bei Zuweisung besonderer Funktionen im Gesellschaftsvertrag

Eine besondere Zuweisung von Aufgaben liegt dann vor, wenn bei mehreren geschäftsführenden Gesellschaftern die Geschäftsführung aufgeteilt wird³⁴³⁾. So kann im Gesellschaftsvertrag einer GmbH & Co. i.w.S.³⁴⁴⁾ vereinbart werden, daß die Komplementär-GmbH ausschließlich für einen bestimmten Bereich der Geschäftsführung zuständig ist, etwa für die Produktion, den Vertrieb oder die kaufmännische Leitung. Bei natürlichen Personen als Gesellschafter liegt dieser Aufteilung der Gesichtspunkt zugrunde, eine Arbeitsteilung herbeizuführen. Diese Arbeitsteilung erfolgt danach, daß die Neigung und Fähigkeiten des Gesellschafters berücksichtigt werden. Die innere Aufteilung hat damit zur Grundlage, dem Gesellschafter nach seiner Vorbildung, Berufserfahrung und seinen Kenntnissen den für ihn geeigneten Geschäftsbereich zu bestimmen. Da diese Qualifikationen der juristischen Person als solcher nicht zustehen können, müssen sie bei dem Geschäftsführer vorhanden sein. Denn dieser muß die nach dem Gesellschaftsvertrag festgelegten Leistungen tatsächlich erbringen. Dagegen kann nicht argumentiert werden, auf die besonderen Kenntnisse des Geschäftsführers komme es nicht an, denn die GmbH

343) vgl. dazu Westermann, Hdb., Rz.158; Hueck, S. 118; Fischer in Großkomm. HGB, § 114, Anm.8.

344) vgl. zum Begriff oben II), S.5.

könne die besondere Leistung dadurch erbringen, daß sie sich weiterer Hilfspersonen bediene, die die erforderliche Qualifikation aufweisen. Die Leistung des Gesellschafters ist nämlich höchstpersönlich zu erbringen; bei der juristischen Person muß sie durch ihr Organ erbracht werden³⁴⁵⁾.

Zwar kann die juristische Person in dem Rahmen Hilfskräfte zur Erledigung ihrer Aufgaben hinzuziehen, wie dies auch einer natürlichen Person als Gesellschafterin gestattet ist, jedoch muß sie die geschäftliche Oberleitung selbst ausüben³⁴⁶⁾. Diese geschäftliche Oberleitung kann aber nur dann vom Geschäftsführer wahrgenommen werden, wenn er selbst die notwendigen Kenntnisse besitzt. Ist der GmbH z.B. die kaufmännische Leitung der Personengesellschaft übertragen, so wäre es treuwidrig, wenn sie als Geschäftsführer einen Handwerker bestellt, der keinerlei Kenntnisse auf kaufmännischem Gebiet hat und somit auch nicht die geschäftliche Oberleitung erbringen kann³⁴⁷⁾. Gleiches muß angenommen werden, wenn

345) vgl. dazu Müller, GmbHRdsch. 1971, S.18, Fn.1.

346) vgl. Fischer in Großkomm. HGB, § 114, Anm.6.

347) Nach GmbH-Recht ist die Bestellung eines kaufmännisch Unerfahrenen zum Geschäftsführer trotz § 41 Abs.1 GmbHG zulässig. Denn danach hat der Geschäftsführer nur für "eine ordnungsgemäße Buchführung zu sorgen". Dies bedeutet lediglich, daß er die Erfüllung der Buchführungspflicht zu überwachen hat, vgl. Scholz, § 41, Rn.2; Hachenburg-Schilling, § 41, Anm.1. Die Überwachungstätigkeit ist aber weit geringer als die geschäftliche Oberleitung der Buchführung.

der GmbH die Produktion solcher Waren anvertraut ist, die nur von einem Fachmann hergestellt werden können, so daß auch die geschäftliche Oberleitung des Produktionsvorgangs bestimmte Fachkenntnisse erfordert.

4) Die Pflicht zur Auswahl des Geschäftsführers nach Kriterien der Qualifikation bei grundsätzlicher Beurteilungsfreiheit der GmbH-Gesellschafter

Da die GmbH sich verpflichtet hat, die Geschäfte der Personengesellschaft zu führen, bedeutet dies, daß sie nur einen solchen Geschäftsführer bestellen darf, der zur Führung der Geschäfte, wie sie bei der KG anfallen, geeignet ist. Die GmbH muß daher bei der Auswahl des Geschäftsführers sachliche Gesichtspunkte anwenden. Die Auswahlkriterien müssen sich danach bemessen, ob der Bewerber die für die Tätigkeit als Geschäftsführer notwendigen Fähigkeiten und Kenntnisse hat. Eine treuwidrige Auswahl ist dann gegeben, wenn die Bestellung ausschließlich auf sachfremden Erwägungen beruht. Dies ist dann der Fall, wenn für die Auswahl außerhalb der Qualifikation liegende Umstände, etwa verwandtschaftliche oder sonstige persönliche Bindungen zu den GmbH-Gesellschaftern, maßgeblich waren. Darüber hinaus muß aber auch die Pflicht angenommen werden, unter mehreren Bewerbern den qualifiziertesten auszuwählen. Denn die GmbH hat im Rahmen des Gesellschaftszwecks die Geschäfte so zu führen, daß eine bestmögliche Zweckerreichung gewährleistet ist. Voraussetzung einer optimalen Zweckerreichung ist die Qualifikation des

Managements. Insoweit liegen erhebliche Unterschiede zur ausschließlich aus natürlichen Personen bestehenden Gesellschaft vor: Während hier die Fähigkeiten und Kenntnisse der Gesellschafter bekannt sind und sich die Gesellschafter nehmen, wie sie "nun einmal sind"³⁴⁸⁾, ist es der GmbH möglich, durch die Qualität ihres Managements die Erreichung des Gesellschaftszwecks zu steuern. Dann aber muß sie, wenn -im übrigen unter gleichen Voraussetzungen-³⁴⁹⁾ die Wahl unter mehreren, unterschiedlich qualifizierten Bewerbern zu treffen ist, denjenigen auswählen, der die höchste Qualifikation aufweist. Andernfalls würde sie gegen ihre Treuepflicht verstoßen, die zum Inhalt hat, die Interessen der Gesellschaft bestmöglich wahrzunehmen.

Für die Beurteilung der Qualifikation lassen sich keine festen Regeln aufstellen. Wie bei allen Personalentscheidungen beruht sie weitgehend in der Abwägung der Vor- und Nachteile der einzelnen Bewerber. Die Frage, ob ein junger Geschäftsführer einem älteren berufserfahrenen vorzuziehen ist³⁵⁰⁾, ob ein Bewerber mit besseren Prüfungsnoten gegenüber anderen günstiger zu beurteilen ist, läßt sich nicht grundsätzlich entscheiden. Der GmbH muß daher insoweit ein Ermes-

348) vgl. auch § 708 BGB.

349) Sind die finanziellen Forderungen des qualifiziertesten Bewerbers zu hoch, so muß auch dieses Kriterium Berücksichtigung finden.

350) vgl. Zöllner, S.346.

sen eingeräumt werden, als sie ihrer Treuepflicht bei der Auswahl des Geschäftsführers im Hinblick auf dessen Qualifikation bereits dann nachkommt, wenn sie sachliche Kriterien für die Auswahl entscheidend sein läßt und die Beurteilung dieser Kriterien nicht als offensichtlich fehlerhaft erscheint.

Lebenslauf

- 9.12.1943 Geburt in Stuttgart als zweiter Sohn des Brauereiprokuristen Friedrich Britsch und seiner Ehefrau Gertrud geb. Kohler
21. 2.1964 Reifeprüfung am staatlichen Neusprachlichen Gymnasium in Pirmasens/Pfalz
28. 8.1969 Erste juristische Staatsprüfung vor dem rheinland-pfälzischen Landesprüfungsamt beim Ministerium der Justiz
1. 4. 1971 Ernennung zum Verwalter (halbtags) einer wissenschaftlichen Assistentenstelle an der rechts- und wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Universität Mainz
12. 7.1973 Zweite juristische Staatsprüfung in Mainz
1. 8.1973 Ernennung zum wissenschaftlichen Mitarbeiter am Fachbereich Rechts- und Wirtschaftswissenschaften der Universität Mainz
1. 4.1975 Ernennung zum Regierungsrat z.A. durch den Bundesminister des Innern und Abordnung zur Kreisverwaltung Pirmasens für die Dauer eines Jahres

Mainz, den 1. November 1975

Werner Britsch

